L'ORIGINE ET LA LOGIQUE

DE LA JURISPRUDENCE

EN

MATIÈRE D'ASTREINTES

PAR

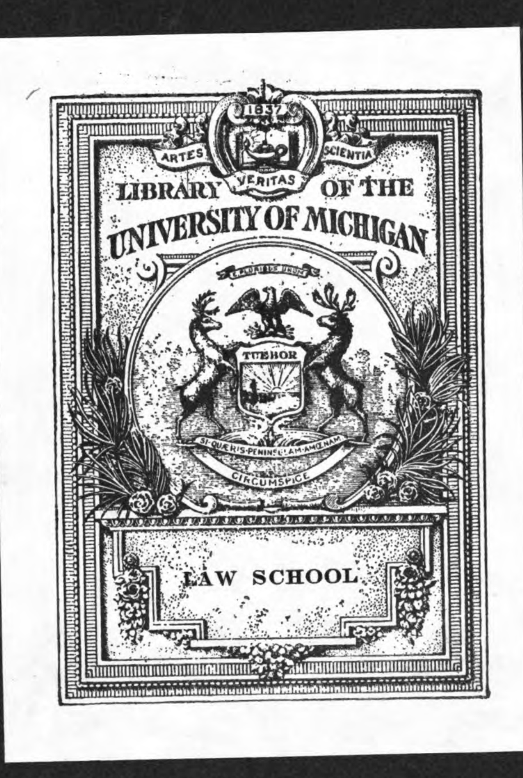
A. ESMEIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT ET A L'ÉCOLE LIBRE
DES SCIENCES POLITIQUES
DIRECTEUR D'ÉTUDES A L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES

Extrait de la *Revue trimestrielle de Droit civil*, n° 1, 1903.

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, 5e arrond.
L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1903


1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE
LAW SCHOOL

L'ORIGINE ET LA LOGIQUE
DE LA JURISPRUDENCE
EN
MATIÈRE D'ASTREINTES

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

L'ORIGINE ET LA LOGIQUE

DE LA JURISPRUDENCE

EN

MATIÈRE D'ASTREINTES

PAR

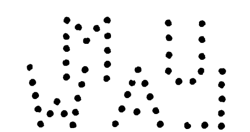
A. ESMEIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT ET A L'ÉCOLE LIBRE
DES SCIENCES POLITIQUES
DIRECTEUR D'ÉTUDES A L'ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES

Extrait de la *Revue trimestrielle de Droit civil*, n° 1, 1903.

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, rue Soufflot, 5e arrond.
L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1903



L'ORIGINE ET LA LOGIQUE DE LA JURISPRUDENCE

EN

MATIÈRE D'ASTREINTES

par M. A. ESMEIN

La jurisprudence en matière d'astreintes s'est établie, on peut le dire, sans difficultés, sans secousses et même sans résistance sérieuse. Ce n'est point qu'elle ait trouvé dans la doctrine un accueil favorable. Il n'est, pour ainsi dire, aucun civiliste de marque qui ne la condamne formellement. Mais il semble que ce soit simplement par devoir de conscience et l'on n'a point vu en cette matière ces polémiques ardentes, ces levées de boucliers qui ont marqué l'avènement ou la disparition d'autres jurisprudences, lorsqu'il s'agissait, par exemple, des reprises de la femme mariée ou de la part de réserve que voulait conserver un héritier renonçant. Il y a plus. Les arrêts n'ont guère pris la peine de justifier les *astreintes;* ils ont procédé par affirmation beaucoup plus que par démonstration; ce sont les auteurs qui se sont ingéniés, retournant en tous les sens les articles du Code civil sur les dommages-intérêts, pour voir si l'on ne pourrait pas mettre sous leur protection la doctrine des arrêts. Il faut donc que cette jurisprudence réponde à des besoins bien certains; et, en effet, sa commodité et son utilité sont évidentes et tangibles. Il est même à présumer qu'elle a dans le passé des racines profondes et solides. C'est là le

point que je voudrais surtout élucider. Mais auparavant, dans une première partie de ce travail, il me faudra rappeler brièvement l'opposition peu contestable qui existe entre le système bâti par la jurisprudence et les pures règles écrites dans le Code civil. Il me faudra aussi analyser les termes divers, la série de propositions dont ce système se compose. Bien d'autres m'ont précédé dans cette voie; mais, en dehors des traités fondamentaux de Code civil, l'écrit qui m'a fourni le plus de renseignements utiles, soit sur l'examen des principes abstraits, soit sur le développement de la jurisprudence, est une étude publiée, il y a près de vingt ans, par notre cher collègue M. Meynial dans la *Revue pratique de droit français* (1). Il faut y joindre les quelques pages que mon collègue et ami Planiol a consacrées à cette question dans son *Traité élémentaire de droit civil* (2), et les notes que MM. G. Rau et Ch. Falcimaigne ont ajoutées à la cinquième édition de l'œuvre d'Aubry et Rau. Les savants magistrats ont certainement donné le meilleur relevé de la jurisprudence nouvelle sur la matière (3).

§ 1. — *Le Code civil et la jurisprudence.*

I

Pour forcer le débiteur d'un fait (exécution de travaux, reddition de compte, production de pièces, remise d'objets ou de personnes en garde, etc.) à exécuter promptement et pleinement son obligation, les tribunaux emploient fréquemment un moyen de contrainte que l'on appelle une *astreinte*. Ils reconnaissent et déclarent l'obligation et ordonnent au débiteur d'y satisfaire, le condamnant *hic et nunc*, à ti-

(1) Meynial, *De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire*, dans la *Revue pratique de droit français*, 1884, t. LVI, p. 385 et suiv.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II[1], p. 74 et suiv.; II[2], p. 69 et suiv.

(3) *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, par Aubry et Rau, cinquième édition, mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau et Ch. Falcimaigne, t. IV, p. 64 et suiv.; spécialement, p. 66, note 16.

tre de dommages-intérêts, à tant par jour de retard, passé le délai qu'ils déterminent. Une telle condamnation éventuelle a le caractère prédominant d'un moyen de contrainte, grâce à deux traits dont la jurisprudence l'assortit. D'un côté, le juge qui a prononcé ces dommages-intérêts (ou le juge d'appel) peut les rabattre, les retirer en tout ou en partie lorsque l'obligation a été exécutée, quoique tardivement, conformément à l'ordre donné. D'autre part, les magistrats usent largement de la règle, admise et inévitable, qui reconnaît aux juges du fait le droit de fixer souverainement et arbitrairement, non pas la cause, mais le montant des dommages-intérêts, fixent alors ceux-là à un taux élevé, qui n'est point en rapport avec le préjudice réel résultant du retard, mais qui n'en agit que mieux comme stimulant énergique (1). Le chiffre de 1.000 francs par jour a été assez souvent adopté, quand l'intérêt en jeu était grave et que le débiteur récalcitrant était très riche (2); on est allé jusqu'au chiffre de 10.000 francs par jour (3). Il n'est point alors de fortune qui puisse résister à une pareille machine. Alors même que le taux est modeste, fixé à quelques francs par jour, le résultat de la multiplication, si la résistance se prolonge, peut encore être considérable (4).

(1) Lyon, 9 avril 1859 (S. 60. 2. 429) : « Attendu... *que plus les dommages-intérêts seraient exagérés et hors de proportion avec le préjudice; — ... que parfois ces indemnités, en cas de retard dans l'exécution, sont plutôt des moyens de coercition qu'une évaluation rigoureuse d'un préjudice réel* ».

(2) Cass., 25 mars 1857 (S. 57. 1. 267; D. 57. 1. 213). Dans cette affaire la Cour d'Angers avait condamné à 1.000 francs par jour de retard. Il s'agissait d'époux séparés de corps, le mari ayant été condamné à remettre les enfants à sa femme; la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. — Cf. Labbé, *Encore l'affaire de Beauffremont*, dans la *Revue pratique du droit français*, 1881, t. L, p. 62 et s. Dans cette affaire, où il s'agissait d'une mère divorcée, condamnée à rendre ses enfants à leur père, la somme par jour de retard avait été fixée d'abord, pendant le premier mois, à 500 francs, puis à 1.000 francs. Au moment où il écrivait (p. 66), M. Labbé constatait que le total montait déjà à plus d'un million.

(3) Cass., 1er déc. 1897 (S. 99. 1. 184; D. 98. 1. 289).

(4) Cass., 25 juill. 1882 (S. 83. 1. 345). Dans cette affaire, des arbitres avaient condamné une partie à 50 francs par jour de retard dans l'exécution de certains travaux. La Cour de Nancy déclarait : « Que les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation ne peuvent dépasser

C'est d'ailleurs la pratique qui a trouvé le nom de cette institution. Ce n'est qu'à date récente qu'il a commencé à figurer dans les arrêts de la Cour de cassation (1). Ce fut comme la consécration définitive du système.

Cette soi-disant indemnité de retard, qui peut arriver bien vite à dépasser le montant du préjudice causé par l'inexécution elle-même, paraît à la Cour de cassation une forme spéciale, mais normale des dommages-intérêts (2). Les particuliers, par une logique naturelle, en ont conclu qu'ils avaient, le cas échéant, le droit de réclamer à leur profit l'application de cet utile procédé. Mais la Cour de cassation a refusé d'aller jusque-là : c'est un moyen mis à la disposition des juges, mais dont ils peuvent ne pas user lorsque la cause ne s'y prête pas (3).

le préjudice causé ; — *qu'il serait souverainement inique de condamner les intimés à 125.000 francs de dommages-intérêts pour n'avoir pas exécuté en temps utile quelques travaux de peu d'importance*, dont l'absence n'a pas privé l'appelant de la jouissance pleine et entière de son immeuble *et n'a pu lui causer qu'un dommage très restreint* ».

(1) Cass., 20 mars 1889 (S. 92. 1. 565; D. 89. 1. 382); Cass., 1er déc. 1897 (S. 99. 1. 174; D. 98. 1. 289). Dans un arrêt beaucoup plus ancien, on trouve le terme de *contrainte*. Cass., 26 janv. 1870 (S. 70. 1. 159; D. 70. 1. 88) : « Attendu que dans la cause l'arrêt de la Cour de Rouen du 10 août 1868 avait, en confirmant le jugement..., maintenu purement et simplement *la double contrainte* de 200 francs par chaque jour de retard ».

(2) Cass., 28 déc. 1886 (S. 87. 1. 112). « Attendu que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur et que le retard de cette exécution soumet ce débiteur à une condamnation de même nature ; attendu que *la forme de ces dommages-intérêts pécuniaires peut être celle que les juges du fond estiment la plus convenable et la plus efficace en vue du but à atteindre;* que, par suite, la Cour d'Angers, en prononçant contre R... une condamnation à 1 franc de dommages-intérêts par chaque jour de retard qu'il apporterait à la reddition du compte par lui dû aux consorts M..., n'a pu violer aucune loi ».

(3) Cass., 15 mars 1892 (S. 92. 1. 309; D. 92. 1. 262). Dans l'hypothèse, l'indemnité demandée n'était point fondée sur le retard dans l'exécution. Il s'agissait d'une obligation de faire successive (refermer une barrière après avoir passé) et le demandeur concluait à ce que le débiteur fût condamné à 50 francs de dommages-intérêts pour chaque infraction régulièrement constatée. La Cour de cassation repoussa cette prétention : « Attendu que s'il est permis aux juges de prononcer des condamnations à une certaine somme de dommages-intérêts par chaque infraction future à une obligation, ils ne sauraient être forcés d'accorder une demande tendant à de telles condamnations lorsqu'ils estiment, comme dans l'espèce, ne pas pouvoir déterminer à l'avance l'importance du préjudice éventuel ».

II

Trouve-t-on, dans le Code civil ou dans le Code de procédure civile, quelques traces de ce système? Aucune. Le législateur a déterminé avec précision, d'un côté, les condamnations possibles en matière d'obligations, et, d'autre part, les voies par lesquelles ces condamnations peuvent être ramenées à exécution.

Le Code civil, dans ses articles 1136 à 1155, a cristallisé et légalisé un certain nombre de règles, qui comprennent toute la matière des dommages-intérêts dus en vertu d'une obligation et qui, tirées de l'interprétation des textes romains, avaient cours dans notre ancien droit, mais avec une valeur purement doctrinale. Après avoir, dans l'article 1138, rendu propriétaire, par l'effet même de l'obligation, celui à qui est dû un corps certain, il proclame au contraire (art. 1142) que « toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». En principe. les juges, saisis d'une demande contre un débiteur qui n'a pas exécuté et qui ne sollicite pas de délais de grâce (art. 1244), n'ont qu'une chose à faire : reconnaître le droit du demandeur, s'il est bien fondé, et prononcer en sa faveur une condamnation à des dommages-intérêts représentant tout le préjudice qu'il a éprouvé faute d'exécution en temps utile. Une fois cette condamnation prononcée, la tâche des juges est terminée et leur pouvoir est épuisé. Cependant ils ont pu ne point fixer *hic et nunc* la somme des dommages-interêts, et, au lieu de les liquider par le jugement même qui en reconnaît le principe, « ordonner qu'ils seront donnés par état », conformément à l'article 128 du Code de procédure civile. Le créancier, de son côté, a obtenu des juges tout ce qu'il pouvait en obtenir, si l'on ajoute que ceux-ci ont pu, en outre, lui allouer les intérêts à courir de la somme liquidée à titre de dommages-intérêts, et qu'avant la loi du 22 juillet 1867, ils pouvaient aussi (art. 126, C. pr. civ.) prononcer la contrainte par corps contre le débiteur lorsque les dommages-intérêts dépassaient la somme de

300 francs. Il n'a plus qu'à prendre les voies d'exécution que lui ouvre la procédure civile, et à faire inscrire, s'il y a lieu, l'hypothèque judiciaire.

Il est vrai que, pour procurer l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, autant que cela est possible sans violenter le débiteur, la loi fournit au créancier une ressource particulière dans les articles 1143 et 1144 du Code civil. Le créancier peut se faire autoriser par le juge à faire exécuter un travail matériel de construction ou de démolition, de production ou de suppression, que suppose l'objet de l'obligation et qui peut être accompli par des tiers salariés, aussi bien que par le débiteur. Mais, qu'on le remarque bien, il n'y a là aucune pression exercée sur la volonté du débiteur, et, d'autre part, on ne recourt pour cela à aucune voie d'exécution particulière. Le créancier, dûment autorisé, fera exécuter le travail en question comme le ferait tout autre particulier, en louant des services qu'il paiera. Il fera ensuite liquider la dépense dont il aura ainsi avancé le montant et obtiendra contre le débiteur condamnation à pareille somme (cela peut même se faire par le jugement qui l'autorise à exécuter le travail); enfin, il emploiera, s'il y a lieu, les voies d'exécution ordinaires, comme s'il avait obtenu directement une condamnation à des dommages-intérêts. Ce que ces hypothèses présenteront parfois de spécial, c'est qu'en vertu du jugement qui l'autorise, le créancier pourra requérir la protection de la force publique, si le débiteur, par des violences et voies de fait, met obstacle à l'opération.

Les dommages-intérêts doivent être alloués par le juge non seulement en cas d'inexécution d'une obligation de faire, mais aussi en cas de retard dans l'exécution d'une obligation quelconque. Mais le retard dont il s'agit est nécessairement antérieur au jugement et même à la demande en justice. Le juge, saisi par le créancier, ne peut se dispenser de statuer, et, reconnaissant le droit invoqué, il devra prononcer contre le débiteur d'une obligation de faire l'une ou l'autre des condamnations précédemment indiquées. Désormais, plus de retard possible. Le créancier, muni du jugement, n'a

plus qu'à poursuivre le recouvrement des dommages-intérêts, ou à faire exécuter les travaux. Il aura peut-être à attendre des délais pour cela; mais ceux-là ne dépendent ni de la volonté du débiteur, ni de celle du juge; ils sont fixés par le Code de procédure. Le juge, il est vrai, peut accorder des délais de grâce, mais ceux-ci, comme le dit la loi (art. 1244, C. civ.; art. 125 et suiv., C. proc. civ.) n'ont pour objet que de *surseoir à l'exécution des poursuites*. Le jugement sur le fond doit être arrêté avant qu'ils soient accordés, car c'est ce jugement même qui seul peut les accorder. Pour une autre raison encore, une fois le jugement rendu, il ne peut plus être question de retard dans l'exécution de l'obligation de faire : celle-ci n'existe plus. Elle a été remplacée par une condamnation à des dommages-intérêts, liquidés ou à liquider, laquelle suit les règles de la procédure civile en matière de jugements et non celles du Code civil sur l'obligation de faire. La loi le dit très clairement : l'obligation de faire *se résout* en dommages-intérêts. Cela est si vrai que, si le jugement qui les adjuge a l'autorité de la chose jugée, l'exécution en nature de l'obligation, offerte par le débiteur condamné, ne pourrait plus avoir lieu qu'avec le consentement de la partie qui a obtenu la sentence.

Est-ce à dire que le débiteur condamné, en dissimulant sa personne ou ses biens, ne pourra pas parfois retarder l'exécution du jugement? Non, sans doute. De pareilles résistances se produisent. Mais la loi ne les a pas prises en considération; elle n'aggrave pas de ce chef la condamnation aux frais et dépens, qui lui paraît une garantie suffisante (1).

(1) Cela paraît avoir été un principe admis de très bonne heure dans notre ancien droit. Boutillier (*Somme rural*, L. II, tit. XIII), rapportant un arrêt de l'année 1380, s'exprime ainsi : « Tout veu, feust dict par arrest de Parlement qu'en fait d'exécutoire d'obligation ne de sentence n'estoit dommage ne interest fors despens ». Aujourd'hui, on pourrait seulement se demander si de pareilles manœuvres ne pourraient ouvrir au créancier une action principale en dommages-intérêts fondée sur l'article 1382 du Code civil.



III

Il est clair maintenant que la jurisprudence, en admettant les astreintes, a créé une voie nouvelle de contrainte à l'égard des débiteurs; en même temps — les deux choses se tiennent — elle a créé une nouvelle source et une nouvelle sorte de dommages-intérêts. Sa construction d'ailleurs comprend plusieurs assises.

C'est d'abord cette idée que le juge saisi, avant de résoudre l'obligation de faire en dommages-intérêts, peut en prescrire l'exécution en nature, et qu'à l'exécution ainsi ordonnée s'appliquent les règles du Code civil sur les dommages-intérêts dus à raison du retard dans l'exécution des obligations. La jurisprudence, comme on le verra, applique ce même principe aux obligations de faire que créent parfois les jugements eux-mêmes, lorsqu'ils sont non pas déclaratifs, mais créateurs d'un droit nouveau, comme en matière de divorce ou de séparation de corps.

C'est là, à vrai dire, une phase de la procédure que n'a pas prévue la loi. C'est un essai, non de conciliation, mais d'intimidation, auquel le juge procède pour le plus grand bien des parties, se réservant d'appliquer l'article 1142 si la tentative reste sans effet (1). Pour tirer des principes généraux un semblable pouvoir, la jurisprudence me semble avoir invoqué d'abord deux considérations.

Une occasion lui a été fournie par certains contrats synallagmatiques, comportant des prestations successives, comme le bail. Lorsque le bailleur, par exemple, sans conclure aucunement à la résolution du contrat, réclame de son fermier l'exécution des obligations que celui-ci a contractées quant à la culture des terres, résoudre l'obligation en

(1) La pensée est parfois clairement exprimée. Voyez dans Nancy, 27 déc. 1880 (S. 1883. 1. 345) : « Attendu que dans l'intention des arbitres, telle qu'elle résulte des motifs par eux donnés dans leur première sentence et de l'application qu'ils ont faite de cette sentence dans la deuxième, la condamnation à 50 francs par jour de retard apporté dans l'exécution des travaux confortatifs *n'était que présomptive et comminatoire et qu'ils s'étaient réservé l'exacte appréciation de l'importance du préjudice causé* ».

dommages-intérêts n'est-ce pas aller contre le désir et le droit du demandeur? C'est ce qu'a pensé la Cour de Douai en 1844; elle a préféré à cette solution l'emploi d'une astreinte : « Attendu que la question du procès est de savoir si le jugement dont est appel, qui condamne D... à des dommages-intérêts résultant de l'abandon des terres dont il s'agit et de leur état de ruine tel qu'il sera déterminé par des experts, doit être ou non confirmé; — Considérant à cet égard que la loi ouvrait à Ch... deux actions, dont l'une en résolution du bail pour inexécution des engagements imposés au preneur, l'autre tendant à obliger ce dernier, le bail subsistant, de se conformer à l'une de ses principales obligations, qui était de jouir en bon père de famille, et de ne pas ruiner les terres en y prenant des récoltes d'avoine pendant plusieurs années consécutives sans les fumer ni amender; — que, si l'on ne peut voir dans la demande formée par Ch... la première de ces deux actions, on peut et l'on doit trouver dans l'exploit introductif d'instance l'exercice de la seconde; que, *dans les termes de cette seconde demande, les premiers juges n'auraient pas dû, ainsi qu'ils l'ont fait, condamner directement, dès à présent, D... à des dommages-intérêts à fixer par experts, mais bien le condamner à remettre les terres dont s'agit en bon état de culture, sinon à payer une somme à titre de peine pour refus ou retard apporté par lui dans l'exécution de cette obligation;* met le jugement dont est appel au néant, portant condamnation contre D... et le condamne à remettre, dans le délai de trois ans, en bon et suffisant état de culture les 76 ares 56 centiares dont il s'agit; *sinon et faute par lui de le faire dans ledit délai, le condamne à 1.000 francs de dommages-intérêts par chaque année de retard,* à payer pour la première fois le 30 novembre 1847, et ainsi d'année en année, à pareille époque, le bail finissant en 1855 » (1).

Voilà bien, dans toute sa netteté, le système de l'astreinte, sauf qu'elle est calculée à tant par année et non par jour, pour se mieux prêter à la nature du contrat et suivre, dans

(1) Douai, 18 août 1844 (S. 45. 2. 292).

leur annalité, les obligations successives du preneur. Mais on ne voit point pourquoi l'article 1142 ne s'appliquerait pas, en cours de bail, aux obligations de faire déjà échues, et non exécutées, du fermier, le bail d'ailleurs n'étant point résolu. De plus, le raisonnement, sur lequel la Cour de Douai faisait reposer sa décision, pourrait aussi bien être reproduit pour toute autre obligation de faire, même née d'un contrat unilatéral. Il suffirait pour cela que le créancier, en demandant en justice l'exécution de l'obligation, n'ait pas formellement conclu à des dommages-intérêts.

Mais c'était là, de la part des juges, un scrupule exagéré, cachant une initiative hardie. Le créancier qui leur demande l'exécution d'une obligation, leur demande ce qu'ils peuvent accorder d'après la loi, et, par suite, des dommages-intérêts, si c'est là (art. 1142) tout ce qu'accorde la loi.

En sens inverse, les arrêts ont pris en considération le fait que le débiteur n'avait pas expressément refusé d'exécuter son obligation. En l'absence d'un semblable refus, on devait lui laisser la faculté d'exécuter, à laquelle il ne renonçait point, et, en l'état, le condamner seulement à des dommages-intérêts à raison du retard. Une condamnation à tant par jour de retard apparaît comme la combinaison la plus simple et la plus adéquate pour traduire cette interprétation (1).

(1) Cass., 26 juill. 1854 (S. 55. 1. 33) : « Attendu que si D..., en demeure de remplir l'obligation qu'il avait contractée, ou se portant fort pour sa femme de rapporter la ratification de celle-ci et la mainlevée de son inscription, a été condamné à payer 5 francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard, cette condamnation rentrait dans l'exercice du pouvoir qui appartient aux tribunaux de prononcer des dommages-intérêts à raison du simple retard dans l'exécution des obligations ; — qu'il s'agissait, dans l'espèce, du simple retard apporté par D... à l'exécution de son obligation, *et non de l'inexécution par suite du refus de la femme D... qui n'a été allégué ni en première instance ni en appel;* — qu'en condamnant dans cet état des faits D... à rapporter ladite ratification et mainlevée dans le délai de trois mois, soit à 5 francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi ». — Dans cette espèce, il est vrai, la Cour relève seulement qu'un tiers, dont le consentement était nécessaire pour l'exécution en nature de l'obligation, n'a pas refusé de le donner; mais elle admet aussi nécessairement que le débiteur lui-même n'a pas refusé de s'employer à obtenir ce consentement ; sans quoi la décision ne se comprendrait pas. C'est d'ailleurs en ce sens que l'arrêt a été entendu. Voyez la note sous Cass., 25 mars 1857 (S. 57. 1. 267).

Mais c'est encore là un raisonnement peu solide. Pour le débiteur d'une obligation échue, actionné en justice, il n'y a qu'un moyen d'obtenir encore du temps pour exécuter; c'est de demander des délais de grâce.

On peut croire d'ailleurs que la jurisprudence a renoncé à ces subterfuges. Elle se contente d'affirmer que l'obligation dont l'exécution est ordonnée par justice est soumise à toutes les règles du Code sur les dommages-intérêts, qu'elle peut donner lieu à des dommages-intérêts à raison du retard aussi bien que de l'inexécution définitive et que le juge peut choisir entre ces deux formes de dommages-intérêts, alors même que le débiteur refuse expressément d'exécuter (1).

On trouve aussi des conceptions quelque peu divergentes, bien que le résultat soit à peu près le même. D'après la Cour de Besançon, « les tribunaux peuvent, pour assurer l'exécution de leurs décisions dans le délai qu'ils impartissent, pro-

(1) Cass., 25 mars 1857 (S. 57. 1. 267; D. 57. 1. 213). « Attendu que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur et que le retard dans l'exécution le soumet à une condamnation de la même nature; — attendu que, si la loi, en cas d'inexécution ou de retard, n'autorise aucune voie de violence ou contrainte contre la personne qui porte atteinte à sa liberté de faire ou d'agir, elle a donné au créancier le moyen d'être préservé du préjudice résultant de l'inexécution ou du retard en donnant au juge la faculté d'apprécier en argent le montant de ce préjudice; qu'on ne peut soutenir avec raison que la volonté persistante du débiteur de ne pas satisfaire à son obligation puisse lui servir de protection contre l'application des articles cités ». Ces derniers mots montrent clairement que la Cour suprême ne considérait point la possibilité d'une condamnation à tant par jour de retard comme exclue par le refus certain du débiteur d'exécuter son obligation. D'ailleurs, dans cette affaire, où il s'agissait d'un mari séparé de corps, condamné à rendre les enfants à sa femme, l'arrêt attaqué de la Cour d'Angers constatait « que la dame P... demande que, *par suite du refus opposé par P... son mari à l'exécution d'une obligation qui lui a été imposée par arrêt de la Cour*, ledit P... soit condamné à des dommages-intérêts *à payer par chaque jour de retard; — qu'il ne s'agit pas de substituer à cette obligation de faire des dommages-intérêts dans lesquels viendrait se résoudre cette obligation*, mais, maintenant dans son intégrité ladite obligation, *d'accorder des dommages-intérêts comme moyen d'obtenir l'exécution de la condamnation prononcée* ». L'arrêt de rejet, plus haut cité (p. 8, note 2), du 28 déc. 1886 reproduit d'abord textuellement l'arrêt du 25 mars 1857; il ajoute ensuite simplement (car la jurisprudence s'est consolidée dans l'intervalle) que le juge a toujours le choix entre les deux formes de dommages-intérêts, les moratoires et les compensatoires.

noncer contre la partie condamnée des dommages-intérêts moratoires »[1]. Il ne s'agit plus ici des règles sur l'exécution des obligations; il s'agit de l'exécution des jugements. Mais il faut avouer que voilà un singulier emploi des dommages-intérêts et qu'on en chercherait vainement la trace dans le Code de procédure civile.

Enfin, avec un arrêt de la Cour de Paris, nous retrouvons bien l'idée que la justice peut assurer, par des dommages-intérêts calculés à tant par jour de retard, l'exécution des obligations qu'elle ordonne à une partie d'accomplir; mais cela ne se justifie plus par la théorie des dommages dus à raison du retard. L'obligation de faire que la Cour imposait dans l'espèce, celle de remettre des enfants à leur père, est présentée comme continue ou successive, pour employer la langue du droit criminel en matière de délits, Elle est violée, inexécutée à nouveau avec chaque jour, chaque heure qui s'écoule. Chacune de ces violations comporte des dommages et intérêts, mais ils ne sont pas moratoires; ils représentent le préjudice causé par chacune de ces inexécutions. En eux se résout incessamment l'obligation de faire; mais, en vertu de sa continuité, elle renaît ou plutôt persiste indéfiniment; ces dommages-intérêts sont donc très naturellement et très exactement calculés à tant par jour : « Con-

(1) Besançon, 25 juill. 1888 (S. 90. 2. 191; D. 90. 2. 77). La Cour de Besançon a soin d'écarter une autre interprétation, qui se présente assez naturellement à l'esprit (Cf. S. 83. 1. 346) et qui consisterait à voir là une clause pénale créée par les juges : « ils ne peuvent, dit l'arrêt, ajouter une clause pénale aux contrats dont l'interprétation leur est soumise et ordonner que, pour chaque manquement, il sera payé une indemnité ». Dans l'espèce, il annulait une indemnité de 50 francs par jour de retard, allouée par le tribunal pour l'avenir « au cas où les appelants refuseraient de délivrer l'eau que leur étang doit à l'usine, attendu que les parties ne l'ont pas prévue; que, dans le procès actuel, les intimés n'allèguent pas qu'ils aient besoin de l'eau dans ce moment et qu'ils ne demandent pas que les appelants soient tenus de la leur livrer dans un délai déterminé; que c'est donc à tort que le tribunal a prononcé la condamnation dont il s'agit et statué ainsi sur des difficultés qui n'étaient pas nées ».

Cette idée de clause pénale se retrouve encore dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 nov. 1881 (S. 82. 1. 52; D. 82. 1. 134), où une astreinte (2 francs par jour de retard) confirmée en appel est ainsi qualifiée : « attendu qu'ainsi *la clause pénale* avait été maintenue telle qu'elle était et devait sortir son plein et entier effet ».

sidérant que l'obligation qui lui a été imposée de remettre ses enfants *est de nature à pouvoir être incessamment accomplie, que, son inexécution se renouvelant jour par jour*, il n'y a qu'une sanction correspondante qui puisse lui être efficacement appliquée; qu'en présence de la résistance qu'il s'agit de vaincre, la justice doit d'autant moins hésiter à recourir *à une contrainte pécuniaire d'une durée égale à celle de l'obligation*, qu'il dépend de la princesse de B... d'en prévenir ou arrêter les effets » (1).

C'est là peut-être la solution du problème la plus élégante parmi celle que nous venons de relever. Mais que de subtilités, et même de contradictions! N'est-il pas évident qu'on cherche à faire rentrer les astreintes dans une théorie qui n'est point faite pour elles, celle des dommages et intérêts compensatoires ou moratoires? C'est l'opération de Procuste, accomplie cette fois dans l'intérêt du bien. Au contraire, les arrêts sont clairs et unanimes quand ils parlent du but auquel on tend par là. Il s'agit d'assurer le respect des décisions judiciaires, des ordres donnés par la justice. « La résistance illégale du débiteur devenant un tort plus grave, dit l'arrêt précité du 25 mars 1857, il importe de prononcer pour la vaincre une condamnation en proportion avec les intérêts engagés ». « Le juge, dit l'arrêt du 28 déc. 1886, prend la forme de dommages-intérêts la plus efficace en vue du but à atteindre », La Cour de Paris, le 13 févr. 1877, déclare que la partie condamnée n'a point à se plaindre de la rigueur de l'astreinte, car elle peut en arrêter l'effet « par sa soumission aux ordres de la justice ». C'est une constatation dont nous ferons plus loin notre profit.

IV

Quel champ d'application la jurisprudence donne-t-elle aux astreintes; permet-elle de les prononcer pour toutes les obligations de faire? D'éminents auteurs soutiennent qu'elle

(1) Paris, 13 févr. 1877. Voyez Labbé, *Encore l'affaire de Beauffremont*, *loc. cit.*, p. 65.

fixe une limite. L'astreinte pourrait intervenir lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire à laquelle pourrait s'appliquer directement l'exécution en nature *manu militari;* par exemple ,pour l'obligation d'abandonner la possession d'un fonds. L'astreinte serait encore admissible lorsqu'il y aurait lieu, si l'on n'y avait pas recours, d'appliquer les articles 1143 ou 1144 du Code civil. Elle serait inadmissible, au contraire, lorsque le fait dû consiste dans un acte qui, strictement, ne peut être accompli que par le débiteur lui-même. La raison qui a conduit à cette doctrine, quoique cachée, me paraît claire : il fallait bien laisser quelque application vraie à l'article 1142 du Code civil. Il fallait bien trouver quelque hypothèse où, comme le veut la loi, l'obligation de faire se résoudrait nécessairement en dommages-intérêts. Mais les auteurs qui produisent cette thèse ne sont point aussi explicites; MM. Aubry et Rau la professent sans la motiver (1), et leurs nouveaux annotateurs ne fournissent qu'un raisonnement indirect, pour justifier les astreintes lorsque l'article 1142 ne s'applique pas (2). M. Labbé, dans une hypothèse où il approuve l'emploi de l'astreinte, fait simplement remarquer que l'obligation n'a pas pour objet « une action personnelle, un emploi déterminé des facultés du débiteur; car, dans ce cas, l'article 1142 ordonne de convertir l'obligation en une somme totale et fixe de dommages-intérêts calculés exactement sur le préjudice. Il est certain dans cette hypothèse que la condamnation à tant par jour de retard serait illégale » (3). M. Meynial seul me paraît avoir vraiment cherché un principe rationnel : « Le principe logique, dit-il, serait, en cas d'inexécution en nature à l'échéance, la condamnation à des

(1) *Cours de droit civil français*, 4e édition, § 299, t. IV, p. 42, note 15.

(2) 5e édition, t. IV, p. 64, note 12 : « Cette maxime juridique (art. 1142) signifie que non seulement le débiteur ne peut pas être directement forcé par des moyens de contrainte personnels à l'accomplissement d'une obligation de faire, mais même qu'il est interdit au juge de l'y contraindre indirectement en prononçant contre lui des condamnations excédant la mesure des dommages-intérêts qui peuvent être dus au créancier aux termes de l'art. 1149 ». — *A contrario*, lorsque l'exécution directe et forcée est possible, le juge pourrait aussi y contraindre le débiteur par de semblables condamnations.

(3) *Revue pratique*, t. L, p. 81, note 1.

dommages-intérêts pour retard, même en cas de refus d'exécution, lequel retard continuerait à courir jusqu'à ce que le débiteur ou le créancier en soit las et que le premier consentît à exécuter son obligation en nature ou le second à se contenter de la valeur de l'objet. Mais il est de l'essence de l'obligation non légale de ne pouvoir ainsi se perpétuer; sa nature est d'être provisoire; car la rendre en fait définitive serait soumettre le débiteur à une servitude perpétuelle... C'est par application de cette idée que le juge est tenu de liquider l'obligation au moment même où il est consulté. Il peut bien accorder des dommages-intérêts pour retard passé, mais il ne doit en prononcer pour retard futur que s'il est possible au jour du jugement de prévoir le terme du retard, soit parce que l'exécution *manu militari* pourra avoir lieu à l'échéance de ce terme, soit parce que le débiteur le réclame comme délai de grâce et laisse entrevoir qu'à cette époque il exécutera volontairement en nature » (1).

Cela est fort ingénieux. M. Meynial commence par supposer un système idéal et extrême, afin d'en conserver ensuite quelques applications restreintes. Mais cette conception fondamentale est, on peut le dire, aux antipodes du Code civil. Celui-ci, tout concourt à le prouver, n'admet d'action en justice que sur un intérêt, né, présent et précis, et il veut que la condition du débiteur et du créancier soit, dans tous les cas, promptement et définitivement réglée.

Étant donné le système des astreintes, il n'y a pas de bonne raison pour en exclure l'application dans le cas d'une obligation de faire qui consiste dans un acte strictement personnel au débiteur. Il ne nous paraît pas que cette distinction soit suivie actuellement par la jurisprudence. Nous avons trouvé des astreintes alors qu'il s'agissait d'un fait absolument personnel au débiteur et qui ne pouvait être accompli que par lui. C'était un mari qui, se portant fort pour sa femme, avait promis d'apporter la ratification de celle-ci (2); c'était un *negotiorum gestor* ou autre administrateur qui était tenu

(1) *Revue pratique*, t. LVI, p. 459.
(2) Ci-dessus, p. 14, note 1.

de rendre compte (1). Sur ce point d'ailleurs, je puis invoquer le témoignage de mon collègue, M. Barde, qui interprète la jurisprudence dans le même sens (2). On ne saurait expliquer ces décisions en disant qu'il s'agit de cas où le débiteur ne refusait point catégoriquement d'exécuter : c'est là, nous l'avons vu, un élément dont on ne tient plus compte.

La jurisprudence a appliqué les astreintes à une catégorie d'obligations que l'on appelle ordinairement *légales;* c'est ainsi en particulier que les qualifie M. Meynial. Ce qu'on désigne par là, ce ne sont point « les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi », et dont parle l'article 1370 du Code civil, en citant comme exemples « ceux entre propriétaires voisins ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est conférée ». Celles-là sont de véritables *obligations*, au sens que le Code civil donne à ce mot, c'est-à-dire des *créances* ayant un objet de valeur pécuniaire, et pouvant par conséquent fonder une condamnation en dommages-intérêts. Ce qu'on désigne en notre matière comme *obligations légales* est tout autre chose. Ce sont les rapports personnels que la loi établit entre les époux ou entre les parents et les enfants et qui sont visés au titre « des droits et des devoirs respectifs des époux » et à celui « de la puissance paternelle ». Parmi les cas où la jurisprudence a appliqué le plus énergiquement le système des astreintes, nous avons trouvé des arrêts qui, après une séparation de corps ou un divorce, donnaient à l'un des parents la garde des enfants et ordonnaient à l'autre de les lui remettre. Ici encore, on prétend allouer des dommages-intérêts, à tant par jour, pour retard dans l'exécution, et, la valeur de l'exécution étant presque inappréciables, on peut les porter au taux le plus élevé (3). Il semble-

(1) Cass., 28 déc. 1886 (S. 87. 1. 112); — 20 mars 1889 (S. 92. 1. 565; D. 89. 1. 382).

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, 2e édit., t. I, p. 425, note 1. « A notre avis, l'étude de la jurisprudence conduit à constater que les juges ne font nullement cette distinction. Certains arrêts ont appliqué les astreintes à des cas d'obligations personnelles ».

(3) Labbé, *Revue pratique*, t. L, p. 89 : « L'arrêt précédent... avait essayé l'effet d'une condamnation à tant par jour de retard pendant le délai de

rait que les astreintes auraient dû être inventées pour de pareilles hypothèses, tant elle s'y adaptent heureusement. M. Meynial signale même sur ce point une harmonie particulière. D'après lui, si la loi, en cas d'inexécution d'une obligation de faire, ordonne de la convertir en dommages-intérêts, au lieu de laisser les dommages-intérêts moratoires courir indéfiniment tant que le débiteur n'aura pas exécuté en nature, cela vient de ce que l'obligation ne doit point être perpétuelle. « Il est au contraire de l'essence des obligations légales de ne disparaître que par leur exécution en nature ». Notre cher collègue ajoute fort justement : « Quand l'intérêt public est en jeu, comme dans les obligations légales, la transformation de l'obligation à un fait en obligation à une somme d'argent est impossible, car la prestation de la somme d'argent serait loin d'avoir pour la société la même utilité que celle du fait dû. En outre, l'intérêt supérieur de l'État permet de ne pas tenir compte de ce principe en vertu duquel l'obligation ne doit pas être perpétuelle (1) ».

Il y a là, à mes yeux, encore un malentendu. M. Meynial estime que la conversion des soi-disant obligations légales en dommages-intérêts compensatoires est impossible; mais il leur applique sans aucune restriction la théorie des dommages-intérêts moratoires. Je crois que la théorie des dommages-intérêts ne saurait leur être appliquée dans aucune de ses parties. Elle suppose, en effet, essentiellement une obligation dont l'objet a une valeur pécuniaire, est estimable en argent. Mais les obligations dont il s'agit ici ont un objet d'ordre tout différent, inappréciable en argent, quelle que soit sa valeur morale ou sociale. Le retard dans l'exécution pas plus que l'inexécution ne cause un préjudice qui puisse se chiffrer en argent. On ne peut donc allouer de dommages-

deux mois. Le second arrêt prend une décision définitive; il embrasse (*toujours par une condamnation à tant par jour de retard*) tout le temps pendant lequel la résistance de la mère durera ; il prévoit que le retard dans l'exécution indéfiniment prolongé équivaudra à une inexécution complète de l'obligation imposée; il *veut que la condamnation soit adéquate à la gravité des devoirs méconnus* et que les dommages-intérêts croissent, avec le tort persistant de la désobéissance ».

(1) *Revue pratique*, *loc. cit.*, p. 459.

intérêts, pas plus les moratoires que les compensatoires; à moins qu'on ne démontre que l'inexécution non seulement a violé le droit précieux et inappréciable du père ou de l'époux, mais en outre et en même temps lui a causé une perte pécuniaire, ou l'a empêché de gagner une somme d'argent. Les obligations dont il s'agit, quoique de droit privé, sont semblables à celles que crée le droit public, à celle du citoyen mâle et majeur, par exemple, qui doit fournir le service militaire lorsqu'il n'y est pas impropre. Qui a jamais imaginé que le refus du service militaire, ou la dissimulation que le conscrit fait en sa personne, engendre contre lui une obligation à des dommages-intérêts au profit de l'État? Les obligations de l'époux ou des parents ici visées ne sont pas d'ailleurs dépourvues de sanction. Ce sera parfois l'exécution directe *manu militari;* s'il s'agit d'un époux, le refus d'exécution pourra faire naître le droit au divorce ou à la séparation de corps; on peut enfin songer pour le père à la déchéance de la puissance paternelle.

Il est notable cependant que la Cour de cassation de Belgique, qui repousse en principe le système des astreintes et les déclare illégales, admet au contraire, pour sanctionner certaines de ces obligations morales, une condamnation prononcée d'avance, à tant pour chaque violation du droit reconnu (1).

(1) Cass. Belgique, 15 mars 1883 (S. 83. 4. 23). Il s'agissait d'un mari séparé de corps à qui les juges avaient donné la garde de sa fille, mais en autorisant la mère à visiter l'enfant tous les quinze jours, soit au domicile du père, soit dans un lieu désigné par lui. Dans le cas où celui-ci empêcherait ces visites, il était condamné à 1.000 francs de dommages-intérêts pour chaque contravention constatée. Un pourvoi fut formé contre l'arrêt de la Cour de Bruxelles, qui avait confirmé ces dispositions prononcées par le Tribunal de Louvain ; il a été rejeté. Voici les motifs : « Attendu que le droit accordé à la défenderesse de visiter son enfant trouve sa base dans l'article 303 du Code civil; qu'à ce droit correspond l'obligation pour le demandeur de ne pas apporter d'entrave à son exercice ; *qu'il ne s'agit pas là pour ce dernier d'un simple devoir moral, mais d'une obligation civile, d'une obligation de faire dont l'inexécution, aux termes de l'article 1142, donne lieu à des dommages-intérêts* ». Qu'il y ait là une obligation reconnue et sanctionnée par la loi, cela est clair; mais, qu'il y ait une obligation à laquelle s'applique l'article 1142, je le nie.

V

La construction de la jurisprudence présente, nous l'avons vu, une double face : tantôt l'astreinte est considérée simplement comme un moyen de contrainte; tantôt comme une allocation de dommages-intérêts destinée à réparer un préjudice causé. Si elle avait toujours ce double caractère, présentant une de ses faces au débiteur et l'autre au créancier, le système pourrait se défendre. C'est ce que voulait M. Labbé : « Nous devons, disait-il, considérer comme règle de la jurisprudence cette idée : les magistrats peuvent prononcer des condamnations pécuniaires, notamment tant par jour de retard, contre un débiteur qui, tenu d'une obligation de faire, retarde injustement à l'exécuter; mais ces condamnations ne doivent pas perdre le caractère de dommages-intérêts, c'est-à-dire de réparation d'un préjudice; l'appréciation du préjudice, surtout quand il s'agit d'intérêts moraux, est souverainement faite par les juges du fond ». Et plus loin : « A l'égard de la personne condamnée, la condamnation a le caractère d'un moyen de contrainte; soit, nous n'avons aucune raison de le contester. A l'égard de la personne qui bénéficiera de la condamnation, cette condamnation a le caractère d'une réparation (1) ». Mais il n'en est point ainsi; cet équilibre, factice et apparent, est souvent rompu; c'est tantôt pile et tantôt face. Voyons comment le système se comporte sur quelques points décisifs.

1° Il s'agit d'abord de l'effet produit sur l'astreinte par l'appel interjeté contre le jugement qui la prononce. Si c'est simplement un moyen de contrainte, une voie d'exécution, le tant par jour ne courra point une fois l'appel interjeté et pendant l'instance d'appel, puisque l'exécution est suspendue; il commencera seulement à courir et à s'accumuler à partir de l'arrêt, si celui-ci confirme cette clause particulière du jugement.

Si elle est, au contraire, une allocation sérieuse de

(1) *Revue pratique*, t. L, p. 81, 83.

dommages-intérêts, l'astreinte (en la supposant plus tard confirmée en appel) produira son effet à partir du jugement et malgré l'appel interjeté. Ce serait priver le créancier d'une partie de dommages-intérêts auxquels il a droit, si, dans le calcul particulier qui en a été établi, la multiplication cessait d'opérer pendant l'instance d'appel.

Entre ces deux solutions, la jurisprudence hésite. La première a paru l'emporter d'abord. Elle a été nettement consacrée par un arrêt de la Cour de Lyon du 9 avr. 1859, ainsi motivé : « Attendu que l'appel est suspensif; attendu que, par application de cet article (457, C. pr. civ.), il est admis, par de nombreux arrêts, que, lorsqu'un jugement de première instance a fixé un délai pour son exécution avec dommages-intérêts par chaque jour de retard et est frappé d'appel, le cours du délai et des dommages-intérêts, est suspendu, pour n'être repris qu'après l'arrêt de confirmation; attendu que s'il en était autrement, le droit d'appel se trouverait en quelque sorte paralysé; qu'en effet, l'exécution et l'appel sont choses inconciliables, l'exécution rendant l'appel non recevable; que plus les dommages-intérêts seraient exagérés et hors de proportion avec le préjudice, plus l'appel présenterait de dangers à raison de l'accroissement de ces dommages-intérêts pendant une longue instance d'appel; qu'un semblable résultat serait d'autant plus blessant pour l'équité que parfois ces indemnités, en cas de retard dans l'exécution, sont plutôt des moyens de coercition qu'une évaluation rigoureuse d'un préjudice réel; attendu que la mise en demeure d'exécuter dans un délai déterminé, portée dans un jugement, devient impuissante alors que le juge d'appel est saisi de la question même de savoir si une exécution quelconque peut être ordonnée; attendu que si l'effet suspensif peut préjudicier à l'intimé, l'article 464 du Code de procédure civile lui permet de former devant la Cour une demande nouvelle pour préjudice souffert depuis le jugement » (1).

Cela paraît bien déduit; mais la Cour de cassation s'est

(1) S. 60. 2. 429. — Voyez *ibidem* et dans le même sens un arrêt de la Cour de Paris du 31 déc. 1859 (D. 82. 1. 134); Rouen, 18 nov. 1868 (S. 69. 2. 256).

constamment prononcée en sens contraire (1). Ce qu'il y a d'étonnant, c'est qu'elle invoque, pour justifier cette solution, le respect de la chose jugée (2), dont elle va faire bon marché sur un autre point auquel nous arrivons.

2° Il s'agit du caractère simplement comminatoire qu'ont ou peuvent avoir les astreintes : l'obligation de faire ayant été exécutée, les juges peuvent remettre en tout ou en partie les dommages-intérêts qu'ils avaient prononcés, à raison de tant par jour de retard. Cela est parfaitement logique, si on les considère comme de simples moyens de contrainte. La contrainte cesse lorsque l'individu contraint a accompli l'acte demandé et il est même raisonnable d'en faire disparaître les effets dans le passé, lorsque cela est possible. La menace n'aboutit pas et tombe lorsqu'a été exécuté l'ordre qu'elle appuyait. Mais s'il s'agit d'une condamnation à des dommages-intérêts prononcée en vertu du Code civil, comment cela est-il possible? Les dommages-intérêts supposent un préjudice : comment peut-il être considéré comme non avenu, dans la mesure tout au moins où il s'est déjà réalisé? D'autre part, tout jugement rendu par les juges a immédiatement, quant à eux, l'autorité de la chose jugée; il est sorti de leurs mains et hors de leur pouvoir; ils n'y peuvent plus toucher, ils ne peuvent ni le rapporter ni le modifier. On peut appliquer aux décisions de la justice ce que l'on disait jadis, dans la vieille procédure formaliste, de tout ce qui était dit en justice : « Puisque la parole est sortie du corps,

(1) Cass., 24 janv. 1865 (S. 65. 1. 84; D. 65. 1. 226); 26 janv. 1870 (S. 70. 1. 159; D. 70. 1. 88); 15 nov. 1881 (S. 82. 1. 52, précité).

(2) Cass., 15 nov. 1881 : « Attendu que l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce que les tribunaux, sous prétexte d'interprétation ou autrement, enlèvent aux parties le bénéfice de décisions judiciaires claires et précises par elles obtenues; que, d'autre part, l'article 457 du Code de procédure, en donnant un effet suspensif à l'appel, a eu pour unique but d'arrêter la force exécutoire de la décision ainsi attaquée, tant qu'il n'a pas été statué sur l'appel, et non de porter atteinte aux droits de l'intimé dans le cas où l'appel serait rejeté; qu'ainsi, en cas de confirmation d'une sentence qui donnait des dommages-intérêts pour chaque jour de retard apporté dans l'exécution de la condamnation principale qu'elle prononçait, ces dommages-intérêts continuent à courir pendant l'instance d'appel et sont dus à partir du jour fixé par la sentence confirmée et non pas seulement du jour de la confirmation ».

elle n'y peut plus jamais rentrer », ou encore : « Parole une fois volée ne peut plus être rappelée » (1). Comment alors le juge pourrait-il rapporter une condamnation en dommages-intérêts qu'il a prononcée et qui est acquise?

Cependant, on a relevé de bonne heure, sous l'empire de nos Codes, des exemples de jugements de ce genre, que la Cour de cassation a considérés comme simplement comminatoires. Il s'agissait le plus souvent d'une remise de pièces ordonnée par les juges, et, en même temps, ceux-ci condamnaient la partie visée, faute de les remettre dans un délai déterminé, à des dommages-intérêts. La Cour de cassation admettait que, même ce délai passé, tant que les dommages-intérêts n'avaient pas été payés, la remise des pièces pouvait être faite utilement; que l'autre partie ne pouvait la refuser, et que les dommages-intérêts, destinés à tenir lieu de cette remise tombaient par là même. En 1824, elle alla plus loin (arrêt du 28 déc. 1824), donnant alors, selon M. Planiol, le premier exemple d'une véritable astreinte : « Elle considéra comme purement comminatoire un jugement du tribunal de Metz qui avait ordonné une remise de pièces à peine de 10 francs par jour de retard; le débiteur, qui avait fini par les livrer, aurait eu à payer plus de 11.000 francs pour son retard; la somme fut réduite à 400 francs (2) ».

Comment expliquer cette première série d'arrêts? M. Meynial en donne une explication fort ingénieuse, qui revient à dire que le jugement était conçu comme créant, par la condamnation aux dommages-intérêts, une obligation facultative au profit du débiteur, à côté de la remise des titres, qui restait l'objet principalement dû, et que le délai fixé était seul comminatoire. Voici comment il s'exprime, partant de la jurisprudence qui suivit la promulgation du Code civil : « Il serait difficile d'y trouver trace de dommages-intérêts vexatoires. On remarque seulement l'usage des jugements comminatoires. Mais on désigne ainsi des jugements qui condamnent le débiteur à faire un acte dans un

(1) Le Roux de Lincy, *Le livre des proverbes français,* t. II, p. 368, 376.
(2) Planiol, *op, cit.*, t. II[1], p. 72.

délai déterminé et fixent des dommages-intérêts dans le cas où il n'y aurait pas eu exécution dans ce délai. Le caractère comminatoire est attaché au délai imparti pour exécuter en nature et a pour effet de permettre cette exécution en nature même après l'expiration des délais, *de sorte qu'il y a là une faveur accordée au débiteur, non pas en vue de le forcer à exécuter en nature lorsqu'il y répugne, mais pour le lui permettre quand le créancier préférerait obtenir des dommages-intérêts* (Réols et Chabrillac, 21 juin 1809, *Dalloz alph.*, v° *Chose jugée*, n. 386). Bien plus, on donne au débiteur le choix entre les deux modes d'exécution, alors même qu'il en résulte un préjudice pour le créancier (Gallois c. Fouet, *Dalloz alph.*, *loc. cit.*). Cette tendance favorable au débiteur se manifeste encore en 1822, où l'on applique cette doctrine pour revenir sur la résiliation d'un contrat prononcée par un jugement antérieur (Naure c. Lalung, 6 nov. 1822, *Dalloz alph.*, *loc. cit.*). Toutefois à cette époque on songe que le procédé usité pourrait servir à deux fins : s'il convient de protéger le débiteur, il faut aussi sauvegarder les droits du créancier. Le principe des dommages comminatoires admis, on pouvait se permettre de condamner le débiteur à des dommages-intérêts plus élevés, à titre de menace. Que si le débiteur n'exécutait pas en nature, on ferait ce qui était inconnu jusque-là; on diminuerait dans le second jugement le taux des dommages-intérêts. Jusque-là on avait seulement annulé la limitation du délai imposé; désormais le jugement tout entier dut être revisé. Cette doctrine apparaît à la Cour de cassation en 1824 (S. 25. 1. 167); on valide une diminution de dommages-intérêts de 11.080 francs à 400 francs. Toutefois, la diminution consentie résulte de ce que le défendeur avait, après les délais impartis, offert d'exécuter en nature et l'offre avait été repoussée. L'idée nouvelle se manifeste cependant dans l'arrêt; car, tout en reconnaissant qu'il n'y avait pas exécution de la manière ordonnée par les juges, on accorde 400 francs comme représentant le préjudice causé au créancier (1) ».

(1) *Revue pratique*, *loc. cit.*, p. 455, 456.

Cela est très ingénieux et quelques-uns des arrêts cités se prêtent bien à l'interprétation proposée par M. Meynial (1). Mais dans la mesure où le tribunal, quant aux dommages-intérêts, révise et modifie son premier jugement, il n'y a, ni dans les arrêts ni dans le commentaire qui en est donné, rien qui réponde à l'objection tirée de l'autorité de la chose jugée.

En 1841, au contraire, nous trouvons un arrêt qui aborde franchement la difficulté, le plus important de tous à mes yeux dans l'élaboration de la jurisprudence. Il s'agissait encore d'une remise de pièces portées sur un inventaire, qui avait été ordonnée en 1810 par un jugement. Un second jugement de 1811, confirmé en appel, repétait cet ordre et prononçait 15.000 francs de dommages et intérêts pour tenir lieu des titres et pièces, si ceux-ci n'étaient pas représentés dans le délai fixé. Longtemps après, la partie qui avait été ainsi condamnée fit des offres réelles de la représentation et remise des pièces ; elles furent refusées et l'affaire vint, sous cette forme, devant la Cour qui avait rendu le dernier arrêt. Elle déclara les offres valables et déchargea ceux qui

(1) Voyez notamment, *Dalloz alph.*, v° *Chose jugée*, n. 389 ; Cass., 10 juill. 1832 : « Attendu que *cette disposition pénale, prononcée par voie de contrainte* (200.000 francs de dommages-intérêts), devait disparaître par la restitution des biens qui formaient *l'obligation principale* ». Mais d'autres idées sont aussi invoquées pour attribuer au délai fixé un caractère purement comminatoire. C'est parfois l'idée que, l'expiration du délai constituant une déchéance, celle-ci aurait dû être préalablement prononcée par la justice ; *Dalloz alph.*, *v° citat.*, n. 387 (Cass., 21 juin 1809) : « Attendu que le délai fixé par le jugement du 4 juillet 1789 n'était que comminatoire, et, qu'ainsi R... et sa femme ont produit les actes désignés par ce jugement *avant que le demandeur en cassation eût formé contre eux une demande en déchéance* ». — Ailleurs c'est l'idée de condamnation conditionnelle, et les règles particulières aux redditions de comptes ; Dalloz, *ibid.* (Cass., 30 août 1828) : « Attendu que toute condamnation prononcée à défaut de rendre compte *doit être considérée comme conditionnelle* et comme le résultat de la présomption que le comptable sera débiteur en définitive d'une somme égale à celle dont la condamnation est prononcée ; mais que cette présomption cesse lorsque l'individu auquel est imposée l'obligation de rendre compte présente, même après l'expiration du délai, le compte par lui dû ». — Parfois enfin, le délai est déclaré comminatoire sans explication ; Dalloz, *loc. cit.* (Cass., 22 juill. 1812) : « Attendu que le réclamant a reconnu lui-même que le jugement du 25 oct. 1809 n'était pas définitif *et ne contenait qu'une disposition comminatoire* ».

les faisaient des 15.000 francs de dommages-interêts, attendu que le retard dans la remise n'avait causé aucun préjudice aux ayants-droit. La Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt du 22 nov. 1841, qui mérite d'être rapporté : « Sur le premier moyen (violation de l'article 1351 du Code civil); — Considérant *qu'il faut distinguer entre* ORDINATORIA ET DECISORIA JUDICIA (1); — Considérant que le jugement de 1810 avait mis à la charge des défendeurs éventuels la représentation dans un délai déterminé des pièces inventoriées sous le nº 12; — Considérant que la principale disposition de celui de 1811, confirmé par arrêt, ordonnait que le jugement de 1810 continuerait à être exécuté dans sa forme et teneur et *prononçait des dommages-intérêts* pour tenir lieu des titres *par voie de contrainte;* que, sur les offres réelles de la représentation et remise des pièces réclamées, la Cour a été saisie de la question de validité; que, dans cet état de choses et d'après les principes de droit, *les défendeurs, s'ils remettaient intégralement les pièces, pouvaient être déchargés des condamnations prononcées par voie de contrainte* et que la Cour, en exigeant la remise intégrale et en déclarant qu'elle avait eu lieu, a pu déclarer les offres satisfactoires, sans violer l'autorité de la chose jugée; — Considérant en fait que la Cour royale a déclaré que les demandeurs n'avaient pas établi que les pièces, objet des offres, n'étaient pas celles réclamées; que les pièces étaient intégrales, et *que le retard apporté par la remise n'avait causé aucun préjudice;* qu'ainsi ce moyen n'est pas fondé ».

Cette fois nous avons une doctrine; la Cour de cassation donne trois raisons qui ont permis aux juges de rapporter la condamnation aux dommages-intérêts : 1º cette condamnation n'a été prononcée que comme moyen de contrainte; 2º il n'y avait dans l'hypothèse aucun préjudice causé par le retard dans l'exécution; 3º au point de vue des principes, il faut, quant à l'autorité de la chose jugée, distinguer entre deux sortes de décisions judiciaires, que l'arrêt appelle

(1) Le texte publié dans le *Recueil de Sirey* (42. 1. 170) porte *judicis ;* mais c'est certainement une faute d'impression pour *judicia*.



les *judicia decisoria* et les *judicia ordinatoria*. C'est là vraiment la clef de la matière, comme j'essaierai de le montrer plus loin. Mais auparavant il faut constater que les arrêts postérieurs, et spécialement les plus récents, sont loin d'être aussi explicites. Cette fois le Sphinx avait parlé en termes non voilés; ses oracles suivants se contentent d'affirmer. Ils affirment que les condamnations à tant de dommages-intérêts par jour de retard (c'est la forme définitive que prend cette voie de contrainte) peuvent être simplement comminatoires et que, par suite, le jugement qui les contient peut être postérieurement révisé par les juges qui l'ont rendu (1).

(1) Cass., 25 juill. 1882 (S. 83. 1. 345; D. 83. 1. 243) : « Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré que la condamnation à 50 francs par chaque jour de retard apporté à l'exécution des travaux n'était dans l'intention des arbitres que présomptive et comminatoire... Attendu que... la Cour d'appel a fait une juste appréciation dans la cause du caractère juridique et de la nature propre de la condamnation ci-dessus spécifiée ; qu'elle a pu, en conséquence, sans violer les dispositions de l'article 1351 du Code civil, déterminer elle-même, comme auraient pu le faire les arbitres, l'importance du préjudice souffert et fixer la somme représentant réellement le dommage ». — Cass., 7 nov. 1888 (S. 90. 1. 457; D. 89. 1. 259) : « Attendu qu'en déclarant, par voie d'interprétation du jugement du 12 déc. 1878, dont la portée était débattue entre les parties, que, dans les circonstances où ce jugement est intervenu et que l'arrêt indique avec détails, la clause portant condamnation à 25 francs de dommages-intérêts par jour de retard dans l'exécution des prescriptions qu'il contenait n'avait point le caractère d'une décision ferme et définitive et ne contenait qu'une *mesure comminatoire sujette, le cas échéant, à revision*, la Cour d'appel n'a fait qu'user d'un droit d'appréciation en fait qui lui appartenait et n'a pas violé l'article de loi ni les règles de droit susvisées (art. 1351, C. civ., et règles en matières de chose jugée : » — Cass., 20 mars 1889 (S. 92. 1. 565; D. 89. 1. 382) : « Sur le troisième moyen tiré de la violation de l'article 1351, C. civ.; — Attendu que pour refuser d'allouer à T... et C... la totalité des dommages-intérêts réclamés par ces derniers en exécution de l'arrêt du 29 juillet 1882, l'arrêt attaqué a déclaré que la condamnation à 100 francs par jour de retard apporté à la reddition du compte, que B... de L... était tenu de rendre aux demandeurs en cassation, n'*était qu'une disposition comminatoire;* qu'il résulte en effet, tant de l'ensemble des dispositions de l'arrêt de 1882, que des faits relevés par l'arrêt attaqué, que la Cour de Lyon a fait une juste appréciation de la nature juridique et du caractère propre de la condamnation ci-dessus spécifiée ; qu'elle n'a donc point en fixant, soit un nouveau délai pour la durée et le point de départ de l'*astreinte* à laquelle le demandeur en cassation avait été condamné par l'arrêt du 29 juill. 1882, soit le chiffre définitif de cette condamnation, violé le principe de l'autorité de la chose jugée et l'article 1351 du Code civil »:

3° Si l'astreinte est une allocation de dommages-intérêts répondant à un préjudice réel et simplement fixés par un calcul particulier, pas plus qu'elle ne peut être diminuée après coup (1), elle ne saurait, à plus forte raison, être augmentée. Si elle n'est, au contraire, qu'un légitime moyen de contrainte, elle peut tout naturellement être renforcée, lorsque, dans son premier taux, elle s'est montrée insuffisante. C'est cette dernière solution qu'admet la jurisprudence. Dans l'affaire de Beauffremont, on a vu que la Cour de Paris avait fixé d'abord l'astreinte à 500 francs par jour pendant les deux premiers mois; puis elle l'avait portée à 1.000 francs par jour (2). Dans une affaire plus récente, où il s'agissait de l'éclairage électrique qu'une compagnie devait fournir à un hôtel, l'astreinte avait été fixée à 100 francs par jour. « La Compagnie refusa d'obtempérer et ne se décida à payer l'astreinte que sous la menace d'une saisie-exécution. Le sieur A... demanda alors que l'astreinte fût fixée assez forte pour contraindre la Compagnie à exécuter le jugement et demanda dans ce but 10.000 francs par jour de retard ». Cela lui fut accordé par un jugement confirmé en appel, et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi intenté contre l'arrêt (3).

Mais qu'on ne l'oublie pas, d'après la jurisprudence, la condamnation à tant par jour de retard peut aussi être une condamnation ferme répondant à un préjudice réel, reconnu et estimé par le juge. Dans ce cas, l'autorité de la chose jugée reprend son empire; il est impossible au juge de modi-

(1) Je n'ai point fait intervenir dans cette discussion une question souvent soulevée, celle de savoir si le juge peut allouer des dommages-intérêts pour un préjudice futur. Elle préoccupait déjà nos anciens (voyez Boerius, *Consilia*, Cons. XXVII, nos 14 et suiv.). Je crois que cela est légal, pourvu que le droit dont la violation future est ainsi prévue soit actuellement déduit en justice et reconnu. Mais il ne faudrait point en tirer pour le juge, comme on pourrait l'induire de certains arrêts, le droit de fixer ce préjudice éventuel provisoirement et par présomption, sauf à le ramener plus tard, après l'événement, à son chiffre réel. Le juge qui ne peut apprécier actuellement et exactement le préjudice futur ne saurait allouer de ce chef de dommages-intérêts.

(2) Ci-dessus, p. 7, note 2, p. 20, note 3.

(3) Cass., 1er déc. 1897 (S. 99. 1. 174; D. 98. 1. 289).

fier ou rapporter plus tard sa sentence. Mais, comment saura-t-on que celle-ci a l'un ou l'autre caractère? Lorsqu'une Cour d'appel modifie ou rapporte dans ces conditions la condamnation prononcée par les premiers juges, dont elle ne réforme pas d'ailleurs le jugement, la Cour de cassation exige que l'arrêt cherche et trouve, dans la combinaison des clauses du premier jugement et dans les circonstances concomitantes, la preuve que la condamnation était simplement comminatoire dans l'intention des premiers juges. Mais quand le juge qui rapporte ou refuse de rapporter les dommages-intérêts est, au contraire, celui qui les a prononcés, il semble bien que la Cour de cassation lui laisse toute liberté pour déclarer ainsi, après coup, sa pensée et sa volonté. Il pourrait déclarer simplement comminatoire une condamnation en dommages-intérêts, alors qu'aucun trait du jugement ne révèle ce caractère. Il pourrait également maintenir une semblable condamnation, alors même que le mode de calcul des dommages-intérêts (tant par jour de retard) semble indiquer une contrainte comminatoire (1). Il est vrai que la Cour suprême paraît admettre aussi, et depuis longtemps, que la juridiction qui a prononcé une astreinte peut toujours maintenir, au profit de la partie, le bénéfice des dommages-intérêts déjà encourus, lorsque se produit tardivement l'exécution ordonnée; la démonstration d'un préjudice subi n'est pas nécessaire pour cela (2).

(1) Cass., 3 juill. 1893 (S. 96. 1. 67; D. 93. 1. 59) : « Attendu que, la Compagnie étant déclarée responsable, comme il vient d'être dit, la Cour de Nimes l'a condamnée à payer aux défenderesses la somme de 8.350 francs, montant de la condamnation à 50 francs par jour de retard antérieurement prononcée par arrêt de la même Cour en date du 27 mai 1890; — *Attendu que la Cour d'appel avait un pouvoir d'appréciation absolu pour maintenir les dispositions de son précédent arrêt, en admettant que ces dispositions n'eussent eu dans sa pensée qu'un caractère comminatoire et revisable*; qu'elle a d'ailleurs motivé sa décision en se fondant sur « la gravité et l'urgence impérieuse des prescriptions de l'arrêt du 31 mai 1887, trop longtemps mises en échec; qu'elle a ainsi satisfait aux prescriptions de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ».

(2) Dans un des arrêts anciens, qui sont classiques en cette matière, on croit trouver ce principe exprimé (Cass., 29 janv. 1834, S. 34. 1. 129). Il s'agit là d'une curieuse affaire intéressant la famille de Rohan Guéménée, et où figure un acte du 17 prairial an XIII, consenti par certains membres de

§ 2. — *Les* **injonctions**; *leur logique et leur histoire.*

La jurisprudence, on vient de le voir, a voulu faire rentrer le système des astreintes dans la théorie des dommages-intérêts, telle qu'elle a été établie par le Code civil au titre des *Contrats ou obligations conventionnelles en général;* mais c'est une entreprise qui n'a point donné des résultats heureux. Elle se heurte à des contradictions multiples; elle est féconde en malentendus; et l'on assiste à l'alternance ou au conflit de deux principes opposés.

C'est d'un autre côté qu'il faut chercher la voie; c'est sur d'autres bases que la construction doit être édifiée. Le langage même des auteurs et des arrêts est significatif et, traduisant le principe essentiel, l'idée simple, qui anime tout le système, il indique dans quel sens il faut marcher.

Que fait un tribunal lorsque, avant de rendre une sentence vraiment définitive et qui vide absolument le litige, il ordonne à une partie d'accomplir tel acte sous peine d'une astreinte? Mais il commande, il ordonne, il enjoint : « La princesse de Beauffremont, disait M. Labbé, n'a pas obéi aux *injonctions* de la justice » (1). « La princesse, disait l'ar-

cette famille en vue d'obtenir plus aisément la restitution des biens confisqués sur certains autres membres de la famille à la suite de leur émigration. La Cour d'appel constatait que « les parties, n'ayant pu atteindre le but qu'elles s'étaient proposé, devaient considérer et considéraient en effet l'acte du 17 prairial an XIII comme non avenu ; qu'il resta oublié dans le cabinet d'un ancien agent de la famille, d'où il n'est sorti que plus de vingt ans après et par des moyens qui paraissent peu délicats ». La Cour ordonnait aux détenteurs de cet acte, qui cherchaient à le faire valoir, de le restituer à ceux qui l'avaient signé, sous peine de 100 francs par jour de retard. Un pourvoi fut formé par eux et l'un des moyens invoqués était qu'ils avaient été « condamnés non seulement à remettre le traité de l'an XIII, mais encore à payer 100 francs d'indemnité par chaque jour de retard, *bien que ce retard ne pût porter aucun préjudice aux adversaires* ». La Cour de cassation repoussa ce moyen : « Attendu que l'arrêt, après avoir déclaré en fait que l'acte dont il s'agit, oublié pendant vingt ans, est tombé dans les mains des défendeurs par des moyens peu délicats, a pu ordonner la restitution sous peine d'une somme par chaque jour de retard sans contrevenir à aucune loi ».

(1) *Revue pratique*, t. L, p. 65.



rêt même auquel celle-ci ne voulait pas se soumettre, peut écarter les effets (de l'astreinte) par *sa soumission aux ordres de la justice* ». Voilà la vérité vraie. Le juge, en pareil cas, fait autre chose qu'interpréter la loi et dire simplement le droit : il donne un ordre; et la condamnation dont il menace le justiciable, en cas de désobéissance ou de retard dans l'obéissance, n'a pas le caractère de dommages-intérêts moratoires ou compensatoires, au sens du Code civil. C'est une peine, et les arrêts le répètent à l'envi (1).

Cette peine, il est vrai, est une *pœna privata*, en ce qu'elle profite à la partie adverse, et c'est là un élément dont il y aura lieu de tenir compte à certains égards, mais ce n'en est pas moins une peine coercitive : à tout ordre sérieux il faut une sanction.

Cette façon de procéder est en elle-même bien connue et on la retrouve dans des milieux divers. C'est ce qu'on appelait dans notre ancien droit « procéder par injonctions et menaces (2) ». Mais le juge qui agit ainsi — quand cela lui est permis — exerce un pouvoir tout autre que la juridiction proprement dite et dont l'exercice n'engendre pas l'autorité de la chose jugée. Il commande, il réglemente; il ne dit pas le droit. C'est l'idée que, pour nous, dégage l'arrêt précité de 1841, lorsqu'il distingue les *judicia ordinatoria* et les *judicia decisoria* (3). Dans un pourvoi formé devant la Cour de cassation apparaît formellement l'idée que la justice, par les astreintes, exerce un pouvoir réglementaire (4).

(1) Voyez ci-dessus : Cass., 24 janv. 1865 (S. 65. 1. 84; D. 65. 1. 126); il s'agissait d'une astreinte de 25 francs par jour de retard : « Attendu que la demande formée de nouveau par D... tendait à ce qu'il fût déchargé *de la peine accessoire des dommages-intérêts* ». Cf. ci-dessus, p. 13; 28, note 1; 29; 32, note 1.

(2) *Mémoire pour la Cour des aides sur les conflits élevés entre elle et la Chambre des comptes*, Paris, 1782, p. 24.

(3) Ci-dessus, p. 29.

(4) Cass., 13 déc. 1886 (S. 87. 1. 176: D. 87. 1. 386). Il s'agissait dans l'espèce, non d'une astreinte proprement dite, mais de la condamnation à 5 francs par chaque infraction dûment constatée à l'obligation de laisser s'exercer un droit de passage; nous avons déjà eu l'occasion de montrer que les deux choses sont souvent rapprochées (ci-dessus, p. 8, note 3; 16, note 1; 22, note 1) : « Sur le troisième moyen, fondé sur la violation de l'article 6 du Code civil : Attendu que la disposition de l'arrêt attaqué, qui, *en faisant défense à P...*

Ceci étant dit, — et en admettant par avance que les tribunaux possèdent encore aujourd'hui un semblable pouvoir, — il est aisé de justifier par là presque toutes les solutions utiles qu'admet la jurisprudence en matière d'astreintes, solutions devenues harmoniques et reposant sur une base unique.

I

1° Les dommages-intérêts fixés à tant par jour sont dus à raison du retard; seulement il s'agit du retard, non dans l'exécution de l'obligation, mais dans l'exécution de l'ordre du juge. Ils proviennent de la faute non pas tant du débiteur que du justiciable.

2° Il s'agit directement de punir une désobéissance et non de réparer un préjudice. Par conséquent, est indifférente la question de savoir si le retard a causé ou non un préjudice au débiteur. L'astreinte est fondée par cela que la partie a un droit et un intérêt légitime à obtenir l'accomplissement de l'acte ordonné, alors même que cet intérêt ne serait pas appréciable en argent. Le juge, par là même, lorsque l'ordre n'a pas été exécuté ou n'a été exécuté que tardivement, peut maintenir et ne pas rapporter les astreintes déjà encourues, tout en allouant, s'il y a lieu, des dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation en vertu de l'article 1142 ou de l'article 1139. Cependant, dans ce cas, si le montant de ces astreintes est égal aux dommages-intérêts dus pour inexécution ou retard dans l'exécution de l'obligation, le juge pourrait se dispenser d'allouer de ce dernier chef des dommages-intérêts; car en définitive la victime serait indemnisée du préjudice qu'elle a subi. Bien que les astreintes et les dommages-intérêts compensatoires et moratoires soient dus en vertu de deux causes distinctes, le juge peut imputer en tout ou partie les premières sur les seconds; car il aurait le droit de les rapporter entièrement.

de mettre obstacle au droit de passage de Pel., l'a condamné à payer pour chaque contravention dûment constatée la somme de 5 francs, n'est que la *sanction de cette défense,* et ne rentre nullement dans les dispositions générales et réglementaires interdites par l'article cité, rejette ».

3° Les astreintes s'appliquent aux obligations *soi-disant légales* dont il a été parlé plus haut. C'est alors, plus qu'en toute autre hypothèse, qu'il est légitime de donner au juge un pareil moyen de contrainte. L'ordre du juge devient nécessaire et sacré et peu importe, nous le savons, que l'intérêt ne soit pas appréciable en argent; l'astreinte est simplement la sanction de l'ordre du juge.

4° Le caractère simplement comminatoire des astreintes ne fait plus aucune difficulté, leur nature vraie étant une *menace*. Quand l'ordre a été exécuté à la satisfaction du juge, il retire la menace. Il peut rapporter en tout ou en partie les dommages-intérêts dont il s'agit. En les prononçant, il n'a pas fait acte de juridiction : il a commandé et rendu un règlement particulier à une affaire, tendant d'ailleurs à la pleine satisfaction du droit dont, comme juge, il a reconnu l'existence. Comme tout magistrat investi de l'*imperium*, il peut retirer le commandement qu'il avait émis; comme toute autorité investie du pouvoir de réglementer, il peut rapporter le règlement qu'il avait édicté. Cela est admis sans difficulté dans une matière voisine, je veux parler des amendes-contraintes prononcées contre les témoins et les jurés, qui ne remplissent point leurs devoirs conformément aux articles 80, 396 et 397 du Code d'instruction criminelle. Le juge qui les a prononcées peut, en admettant une excuse, les rapporter; il a toute latitude pour cela (1); et cela ne s'explique point par ce fait que la condamnation dont il s'agit est prononcée par défaut; car cela serait vrai également pour un témoin ou juré présent, mais récalcitrant.

5° Si la menace est inefficace, le juge peut les renforcer, en édictant une astreinte plus forte que la première dont l'expérience a montré l'insuffisance.

6° Il est un seul point sur lequel cette théorie aboutit à un autre résultat que la jurisprudence de la Cour de cassation. Considérant comme un simple moyen de contrainte, comme la sanction d'un ordre, les dommages-intérêts fixés à tant par jour de retard, elle conduit à dire que leur cours est sus-

(1) Dalloz, *Répertoire alph* , v° *Témoin*, n° 308.

pendu par l'appel interjeté et pendant l'instance d'appel, quel que soit le résultat de celui-ci. Cela est vrai : l'ordre est paralysé tant que le supérieur n'aura pas dit s'il devait ou non être exécuté. Mais nous savons que, si la Cour de cassation décide le contraire, c'est en ce sens que se porte plutôt la jurisprudence des Cours d'appel, plus rapprochées des justiciables.

Ainsi rectifié, le système des astreintes, malgré les abus possibles et graves qu'il porte en lui, me paraît, somme toute, juste et rationnel. Mais est-il aujourd'hui *légal?* Les juges, sous l'empire de nos Codes, ont-ils le droit d'adresser aux plaideurs de pareilles injonctions, et des dommages-intérêts, nécessairement arbitraires, peuvent-ils être la sanction de pareils ordres? C'est ce que l'histoire va nous apprendre, si je la comprends bien.

II

Ordonner et menacer, pour forcer les parties à exécuter leurs obligations, est une tendance naturelle aux juges-magistrats; elle doit être aussi vieille que la justice elle-même, lorsque celle-ci cessa d'être purement arbitrale pour se faire impérieuse. Quoi qu'il en soit, c'était sûrement la pratique des juges de l'Empire romain (1), car nous avons au Code de Justinien un titre qui a pour objet de refuser l'autorité de la chose jugée à de semblables menaces (2). Le sens des constitutions impériales qui y sont insérées n'est point douteux; elles déclarent ces *comminationes* nulles et de nul effet (3), sauf à savoir si c'est à raison de leur nature même et de leur contenu ou seulement à cause de la forme défectueuse sous lesquelles elles se présentaient dans les hypothèses visées (4).

(1) Il ne s'agit pas, bien entendu, de l'*unus judex* ou des *recuperatores*.

(2) Code VII, 57 : *Comminationes, epistulas, programmata, subscriptiones auctoritatem rei judicatæ non habere.*

(3) Ci-dessous, p. 47.

(4) Voyez particulièrement, au titre cité du Code, les deux textes suivants : C. 1. *Imp. Antoninus A. Rogatiano :* « Nec vim stipulationis obtinere potest comminatio judicis qui certas usuras præstaturos eos dixit qui



Toujours est-il qu'au Moyen âge, sous la procédure née du droit romain et du droit canonique, la question reparaît. Voici comment elle est présentée dans le *Speculum juris* de Durantis : « *Sed numquid judex, qui præcepit aliquid solvi certa die, potest hoc præcipere sub pœna dupli vel tripli?* Videtur quod sic, nam et testator potest heredi aliquid præcipere sub pœna, ut C. *de his quæ pœn. nom. in test. vel codicil.* l. unica et X, *de test. Raynaldus,* prope principii. Sed dic contra secundum Ubert (um). Non enim potest prejudicare nisi de eo quod actum est coram eo; at de hoc actum non fuit; ff. *de jurej., de qua re;* X, *de caus. poss., cum super*, ad finem, et *de Simon., licet Heli*. Et facit ad hoc C. *Commi. et epistol.* l. *interlocutio* (1), quamvis possit responderi *quod præceptum non est sententia,* ut præmisi (2); et idem est in sententia diffinitiva cum non fuerit ad hoc actum. *Tu dic quod si judex evidenter præsumit contumaciam et malitiam condemnati, satis ei poterit ex officio suo quasi exequendo præceptum suum sub certa pœna præcipere ut certa die tradat vel, solvat* per præmissa jura et argumento eorum quæ not infra, versiculo proximo, et argum. ff. *de dol. excep.* l. *apud Celsum* § Labeo. Sed ibi loquitur in tali actione super qua contumax mulctari poterat. Judex enim et arbiter possunt in quibusdam actionibus arbitrariis mulctare contumaciam... *Item*

intra certum diem debitum non exsolvissent ». — C. 4. *Imp. Gordianus A. Asclepiadi :* « Interlocutio præsidis apud acta signata : « *Nisi solutioni debiti is qui convenitur obsequium præstitisset, duplum seu quadruplum inferat* » voluntas potius comminantis quam sententia judicantis est, cum, placitum hujus modi ne rei judicatæ auctoritatem obtineat, juris ratio declaret ».

(1) C'est le second texte cité p. 37, note 4.

(2) Au commencement du paragraphe auquel ce passage est emprunté, Durantis expose en effet toutes les décisions diverses que le juge peut être amené à prendre : « Species autem judicialis sententiæ sunt quatuor, scilicet : interlocutoria, diffinitiva, præceptum et mulcta. Est et quinta, scilicet sententia dispensationis; hæc tamen non semper est judicialis ». Et plus loin : « Est quoque tertia species sententiæ, quæ dicitur *præceptum*, puta cum quis a reo in judicio absque libello cum instrumento debiti petit decem et reus confitetur de plano; tunc enim judex sine alia causæ cognitione *præcipiet* quod *certo termino* solvat; et hoc dicitur præceptum et non sententia, quia ordo judiciarius non est servatus ».

quia sic consuetum est et ideo sic observandum est » (1).

Ce texte, débarrassé des citations qui l'encombrent, nombreuses et faites à l'ancienne mode, montre clairement qu'au XIIIe siècle, comme aujourd'hui, on discutait la légitimité des astreintes (calculées, il est vrai autrement que par jour de retard) et qu'en même temps la pratique s'en servait couramment. Il montre aussi qu'on les justifiait non en les rattachant au pouvoir juridictionnel des juges, pris au sens étroit du mot, mais à un pouvoir plus large, à un droit de commandement qui leur appartenait aussi (2).

Il est certain en effet que, dans la conception ancienne, le juge qui possédait la plénitude du pouvoir judiciaire était conçu comme n'ayant pas seulement le droit de trancher en fait et en droit les questions litigieuses qui lui étaient soumises par les parties. Il avait de plus le droit de donner des ordres aux justiciables et de les sanctionner par des peines, quand cela était nécessaire pour la bonne administration de la justice; de même qu'il avait le pouvoir de faire exécuter ses sentences. Cette idée se reflète dans le titre d'un coutumier du XIVe siècle publié par M. Beautemps-Beaupré, *Le livre des droiz et des commandements d'office de justice*. Cela se reflète également dans cette définition traditionnelle que d'Argentré donne du *territoire* déterminant la juridiction : « *Cum id esse territorium definiatur in quo quisque ter-*

(1) *Speculum juris*, Lib. II, part. 3, *de Sententia*, § 3, n° 5, édit. Francof, 1592, p. 419. — Voici comment, au n° 7, il définit la quatrième espèce de décision : « Est et quarta species quæ dicitur mulcta; cum videlicet judex propter evidentem litigatoris contumaciam ipsum pecuniariter mulctat ».

(2) Au numéro suivant, Durantis traite une autre question, qu'on a souvent confondue avec la nôtre : « Quid si judex præcepit mihi ut solvam decem intra octo dies nisi probaverim solutionem intra ipsum terminum? Et videtur tale præceptum non valere. Videtur enim talis sententia continere impossibilitatem, ut videlicet post rem judicatam testes producantur ». Certains auteurs (M. Meynial, *loc. cit.*; M. E. Croissant, Thèse pour le doctorat, *Des astreintes*) ont rattaché la jurisprudence en matière d'astreintes à des condamnations de cette espèce qui étaient en usage dans certaines provinces de l'ancienne France, sous le nom de *liefs d'appel* (Voyez Guyot, *Répertoire, hoc verbo*) : le juge condamnait la partie, à moins qu'elle ne produisît tel document dans un délai donné. Mais si les deux questions avaient quelque affinité, comme le prouve l'exposition de Durantis, elles étaient pourtant tout à fait distinctes.

rendi pro potestate jus habeat » (1). Le même jurisconsulte marquait fort nettement à cet égard la différence entre les juges et les arbitres, qui, dépourvus de ce pouvoir de contrainte, ont bien *la connaissance des causes*, mais non la véritable *juridiction* (2).

Au Moyen âge, aux XIVe et XVe siècles encore, les juges ecclésiastiques (au moins les *ordinarii*) exerçaient aussi ce pouvoir de commandement et le sanctionnaient par les moyens de contrainte dont ils disposaient alors (3).

Lorsque Bodin, dans la seconde moitié du XVIe siècle, utilisant tous les éléments que lui fournissait le passé, dégagea scientifiquement les principes du droit public, il marqua ce droit de commandement, comme un trait essentiel du magistrat : « Nous avons dit, écrit-il, que le magistrat est l'officier qui a commandement public ; or celui a commandement lequel a puissance de contraindre ceux qui ne veulent pas obéir à ce qu'il enjoint ou qui contreviennent à ses défenses et qui peut lever les défenses par luy faites ». Et plus loin : « j'ai dit puissance de contraindre pour la différence de ceux qui ont connaissance des causes, qui jugent et disent sentences et citent devant eux, mais n'ont point puissance de contraindre ni de mettre à exécution les sentences et commandements, comme les anciens Pontifes et maintenant les Evesques... Les Evesques, n'ayant aucune puissance de contraindre, envoient leurs sentences pour les faire exécuter

(1) *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniæ*, édit. Paris, 1628, *Des justices*, art. 19, vo *Exécuter*, n. 4.

(2) *Ibidem*, nos 2, 3, 4 : « Nota ut juris sententia arbitri potestatem a compromissi comprehensione pendere. Id autem partes dumtaxat tribuere possunt quod in earum potestatem et commercium cadit ; jurisdictionem non possunt. Quare *notionem* dicimus habere arbitros, *jurisdictionem* ægamus. Ex eo est quod mulctare nequeunt nec contumacem coercere aut pro pœna audientiam negare... Adde quod territorium non habent ». Notre jurisprudence reconnaît aux arbitres le droit de prononcer des astreintes : cela est logique lorsqu'on place celles-ci sur la théorie des dommages-intérêts d'après le Code civil ; si l'on y voit la sanction d'un ordre émané du magistrat, cela n'est plus admissible.

(3) Voyez par exemple, l'abbé J.-M. Alliot, *Visites archidiaconales de Josas* (fin du XVe siècle), *passim* ; on rencontre presque à chaque page cette formule : « *ei injunximus sub pœna amendæ* ut... ». Le juge exerce un pouvoir administratif en même temps que judiciaire.

aux magistrats, comme font en Orient les Cadis et Parcadis, qui ont connoissance de tous les procès, et n'ont aucune puissance de contraindre, mais ils envoient leurs jugements aux Soubachis qui ont le commandement et la force en main » (1). La doctrine de Loyseau est la même (2).

Au XVIII[e] siècle, Jousse reproduit la même théorie, que, comme ses prédécesseurs, il justifie en partie par des références aux lois romaines. Il définit d'abord la juridiction : « La juridiction proprement dite est la connoissance ou notion attachée à la magistrature (*est notio quæ magistratui competit* suivant Cujas, *in paratitlis*). Elle consiste à rendre des décrets et des jugements et à *donner des juges* ». Puis il ajoute : « La puissance mixte, appelée en droit *imperium mixtum* ou simplement *imperium*, est celle qui est inséparablement attachée et inhérente à la juridiction et qui renferme en même temps et la puissance et la juridiction : telle est en France la juridiction des magistrats et juges ordinaires. En effet, la juridiction serait illusoire et inutile, si le magistrat qui l'exerce n'avoit le droit de contrainte pour faire exécuter ses mandements et celui de pouvoir réprimer, du moins par une punition modique (*modica coercitione*), ceux qui sont rebelles à ces mêmes mandements » (3).

On peut noter enfin que le droit anglais connaît des cas nombreux dans lesquels il est donné satisfaction au plaideur par des *injonctions* de la Cour, adressées à son adversaire et sanctionnées par les moyens dont elle dispose. Ces *injonctions* sont généralement prohibitives, tendant à empêcher un acte de se commettre ou de se continuer; mais elles peuvent aussi être impératives (*mandatory*). Le pouvoir de les émettre était jadis une prérogative de la Cour d'Équité, mais les *Judicature Acts* en ont étendu l'usage à toutes les sections de la Haute-Cour (4). En outre, les *Courts of record*,

(1) *Les six livres de la République*, l. III, ch. V, édit. Genève, 1629, p. 429, 430.

(2) *Traité des offices*, l. I, ch. V, n[os] 19 et s.

(3) Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, t. I, p. 2 et 3.

(4) Stephen, *Commentaries*, 13[e] édit., t. III, p. 483 : « En ce qui concerne les *injonctions*, il faut observer qu'avant les *Judicature Acts* un remède de cette

c'est-à-dire tous les tribunaux importants, ont le droit de punir par l'emprisonnement ou par des amendes ceux qui méprisent (*contempt*) leur autorité (1).

III

Le pouvoir d'enjoindre et ordonner par rapport aux causes dont ils étaient saisis était largement exercé par les juges de l'ancien régime. Voici, pour le montrer, un exemple que j'emprunte à un petit livre de pratique du XVIIe siècle : *Nouveau stile et protocolle des notaires, tabellions, greffiers et autres praticiens* (2). Le *Protocolle des greffiers* se rapporte à la Prévôté de Paris, c'est-à-dire au Châtelet, et les modèles de jugements ou mandements sont au nom de « Gabriel baron et seigneur d'Alègle, Saint-Just, Meillanctoz et Saint-Didier et de Pressol, conseiller Chambellan du roy nostre Sire, garde de la Prévôté de Paris » (3). Or voici ce que j'y trouve, sous la rubrique : *Commission à nettoyer*

équitable nature devait être cherché presque exclusivement à la *Court of Chancery* et, dans tous les cas où originairement la *Court of Chancery* pouvait seule administrer ce remède, l'action en vue d'une injonction devrait encore être portée devant *Chancery Division* de la Haute-Cour de justice, bien que toute autre division de la Cour puisse accorder ce remède, si la cause s'y prête ; parmi les dispositions du *Judicature Act* (36 et 37, Vict., c. 66) il est établi, sect. 23, qu'une *injonction* peut être accordée par un ordre interlocutoire de la Cour toutes les fois qu'il paraîtra à la Cour « juste ou convenable » qu'un tel ordre soit émis. Et quant à la nature de la demande en elle-même, ordinairement elle tend à restreindre — soit jusqu'à ce que la cause ait été entendue, soit d'une façon permanente — des actes qui sont faits en violation des droits ou des prétentions du postulant, par exemple la contravention à un brevet d'invention (*patent*) ou à un droit d'auteur (*copyright*), ou des dégats (*waste*) ou incommodités (*nuisance*). Dans les cas urgents (mais seulement en pareil cas), l'*injonction* (si la demande est dûment appuyée par un *affidavit*) peut être obtenue *ex parte*, c'est-à-dire sans aucune notification préalable à la partie adverse. — L'*injonction* est ordinairement *prohibitive ;* mais dans des cas exceptionnels elle est impérative (*mandatory*), c'est-à-dire qu'elle assure indirectement l'accomplissement de quelque acte ou le rétablissement du *statu quo* originaire ».

(1) Stephen, *New commentaries on the laws of England*, 13e édit., 1899, t. III, p. 300.

(2) A Troyes, chez la Vefve Nicolas Oudot, demeurant en la rue Notre-Dame, au Chapon d'or couronné, MDCXXXVII. Le livre est donné comme « reveu et augmenté de nouveau ».

(3) *Lettre d'assises*, p. 100 v°.

un puits : « Gabriel etc., à tel et à tel Salut. Pour ce que, par le rapport de vous et autres estans d'un traict d'un puits en tel lieu, avons esté certifiez que ledit puits est fort démoly et que la muraille d'iceluy est rompue plus de trois toises, laquelle rompue est tombée audit puits; faut vuider ladite maçonnerie et curer le dessus dict puits pour faire la couverture, tournant et tour d'iceluy et plusieurs autres œuvres nécessaires, lesquelles œuvres et réparation cousteroient la somme de huict livres tournois ou plus. Nous vous mandons qu'appelez avec vous deux ou trois des estats dudict puits, vous asséez et imposez sur vous et autres dudict traict ladicte somme de huict livres tournois, justement, également et ladicte somme recueillez et devez (levez) aux moindres frais que faire pourrez. Et par ces mesmes personnes mandons au premier sergent de la Prévosté sur ce requis qu'au paiement desdits taux et impost il contraigne ceux qui pour ce seront à contraindre par prinse de leurs biens et autrement par toutes voyes et manières deues et raisonnables; et, en cas d'opposition, la main pleine ou tenant quant à ce qu'ils apperra par les dits taux, ledict sergent donne et assigne aux opposans jour certain et compétent par devers nous, pour dire leurs causes d'opposition et, en outre, proceder par raison, et en nous certifiant par ledit sergent de ce qu'il en fera. De ce faire leur donnons pouvoir » (1). Voilà comment les juges du Châtelet réglaient la question de la réparation d'un puits commun à plusieurs.

Le droit de procéder par injonctions et menaces était même revendiqué et exercé par des juges qui n'avaient qu'une juridiction d'exception et qui, au dire de Loyseau, n'étaient pas de vrais magistrats (2), par exemple par les juges-consuls. Toubeau, dans ses *Institutes du droit consulaire*, nous les montre procédant ainsi contre leurs justiciables et même contre certains fonctionnaires publics. Il a (L. I, tit. XV, ch. II) un chapitre ainsi intitulé : « *Du pouvoir aux juges consuls de faire défense à leurs justiciables*

(1) P. 107 v°.
(2) *Traité des offices*, L. I, ch. V, n° 48.

de plaider ailleurs que par devant eux ». Il rattache d'ailleurs ce droit à une sorte de pouvoir réglementaire (1). Plus loin (L. I) il a un titre XXIII, dont voici la rubrique : « *Des prisons, des* injonctions *aux geôliers de recevoir les prisonniers arrêtés en vertu des sentences des juges consuls et des défenses aux autres juges de les élargir et aux geôliers de les laisser sortir.* » « Il est sans difficulté, dit-il, que les juridictions consulaires sont en droit de faire, de leur autorité, des deffences aux geôliers et gardes des prisons d'élargir et mettre hors les personnes qui seront emprisonnées en exécution de leurs jugements, à peine de répondre en leurs privés noms du dû des parties, de leurs dépens, dommages-intérêts, et de cinquante livres d'amende » (2).

(1) *Les institutes du droit consulaire en jurisprudence des marchands*, Paris 1682, p. 194 : « Les lois, les jurisconsultes et les praticiens, Stracchа, Petrus Foler-Faber, Constantin demeurent d'accord que tous les juges peuvent deffendre à leurs justiciables de plaider devant d'autres juges et de punir les contrevenants... Les juges et consuls sont en possession de ce droit, car ceux de Paris le 27 février 1612, de leur autorité, firent deffence à tous marchands, tant de ladite ville que forains, de se faire assigner les uns les autres en exécution de leurs jugements par devant d'autres juges... à peine de tous dépens, dommages-intérêts et de dix livres tournois d'amende pour chacune des fois qu''ils y contreviendraient et de plus grande s'il y échet. — Cette ordonnance fut réitérée le 29 août 1650 et encore le 14 août 1652, et les juges et consuls de Tours en ont fait une semblable le 4 may 1612. A Clermont les huissiers, pour des matières consulaires, n'oseroient donner assignation ailleurs à peine de suspension de leurs charges. Les juges et consuls de Sens, par ordonnance du 4 may 1668, font deffence à tous huissiers et sergents de faire aucuns exploits d'assignations entre marchands pour fait de marchandise, en première instance ou en exécution de leurs sentences par devant autres juges que par devant eux, à peine de nullité de leurs exploits, dépens, dommages-intérêts des parties et dix livres d'amende contre chacun et pour chaque fois qu'ils y contreviendront. Et où ils seroient empêchés, menacés et violentés par autres juges, leurs officiers ou autres, directement ou indirectement, leurs enjoignent d'en dresser leurs procès-verbaux pour être portés avec leur plainte à sa Majesté, pour sur iceux leur être pourvu ».

(2) P. 404. Toubeau rapporte à cette occasion un fait personnel, p. 405 : « Quand ils y contreviennent, les juges et consuls ont droit de procéder contre eux : et, conformément, *j'ai ordonné* que le nommé Pirpoux, concierge des prisons de cette ville de Bourges, seroit transféré dans les prisons de Dun-le-Roy, parce que, quoiqu'il fût emprisonné et qu'il lui fût *enjoint* de tenir prison fermée, abusant de sa qualité de concierge ne laissait pas de vaguer dans les rues ».

De quelles sanctions disposaient les juges pour forcer les parties à respecter leurs ordres? Elles sont toutes énumérées, on peut le dire, dans un article de l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile (tit. XXXII, art. 1) : « La déclaration des dommages-intérêts sera dressée et copie donnée au procureur du défendeur, ensemble la sentence, jugement ou arrêt qui les auront adjugés; et lui seront communiquées sur son récépissé les pièces justificatives *pour les rendre dans la quinzaine, à peine de prison, de soixante livres d'amende et du séjour, dépens, dommages et intérêts des parties en son nom, sans qu'aucune des peines puisse être réputée comminatoire, ni remise ou modérée* sous quelque prétexte que ce soit. » Sans doute dans cette hypothèse ces peines (y compris les dommages-intérêts) sont édictées par la loi elle-même pour garantir la remise des pièces dont il s'agit; aussi le législateur veut-il qu'elles soient fermes et non comminatoires. Mais cela montre bien que dans l'usage, prononcées à volonté par les juges, elles avaient ce dernier caractère.

La peine dont les juges usaient le plus communément comme moyen de sanction, c'était l'amende, l'amende arbitraire; mais ils employaient également dans le même but la condamnation à des dommages-intérêts. « Si, dit Claude de Ferrière, les arbitres, ayant accepté l'arbitrage, refusent de rendre leur sentence, ils peuvent y être contraints, s'ils n'ont quelque cause qui les excuse, comme nous avons dit cy-dessus au droit romain sur ce titre (1), comme cela fut jugé par arrêt de la Cour de l'an 1595, rapporté par Mornac. Néanmoins cela arrive rarement et il est beaucoup plus expédient pour les parties de convenir d'autres arbitres (2) ». Or justement, bien que la loi romaine indiquât dans ce cas l'amende comme moyen de contrainte, Mornac

(1) Claude de Ferrière, *La jurisprudence du Digeste*, conférée avec les ordonnances royaux, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines, Paris, 1687, t. I, p. 184 : « Non pas qu'il (l'arbitre) y soit contraint par une action ordinaire, mais par la connaissance extraordinaire du préteur, qui le condamne à l'amende et ordonne la saisie de ses biens, si le cas le requiert. »

(2) Claude de Ferrière, *op. cit.*, t. I, p. 189.

nous apprend que le Parlement procédait par condamnation à des dommages-intérêts (1).

Les dommages-intérêts, tels que les comprenait notre ancienne jurisprudence, se prêtaient d'ailleurs parfaitement à cet emploi. Ils étaient arbitraires (2). Sans doute les règles, qui ont fourni les articles 1146 et suivants du Code civil, avaient cours dans l'ancien droit, mais avec une valeur simplement doctrinale. En réalité les dommages-intérêts avaient deux fonctions. Tantôt ils étaient, comme le veut le Code civil, simplement moratoires ou compensatoires, réparation du préjudice subi ou du gain manqué par suite de l'inexécution ou du retard dans l'exécution; et alors, comme l'a très exactement observé M. Meynial (3), les juges en usaient fort discrètement (4). Mais, d'autre part, ils les prononçaient souvent à titre de peine, comme une peine civile. Nous les avons vus rangés au nombre des peines dans un texte précis de l'ordonnance de 1667 (5), et l'expression « *à peine de tous dommages-intérêts* » était cou-

(1) *Ant. Mornacii opera*, Paris, 1721, sur la loi 15 D. *de recept.*, IV, 8 : « In quæstione autem an cogi possint arbitri necne, monuit ne inter sermones dom. Heræus, majoris auditorii senator experientissimus, se semper vidisse ex usu ut possint nisi causa hujus legis et sequentis inciderit... Atque ut ne quis ambigat diutius arbitrum, qui semel arbitrium recepit, aperto compromisso et cœpto judicio, nisi causa subsit, compelli posse ut perficiat, *damnarique in id quod interest* compromittentium, si secus fecerit, ita sentiunt peritiores nostri ordinis, censuitque hoc ipsum ordo amplissimus anno 1595, perorante Philippo Choaritio, clauso auditorio ».

(2) Guy du Rousseau de la Combe, *Recueil de jurisprudence des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 1736, v° *Dommages-intérêts*, n° 1 : « La fixation en dommages-intérêts est arbitraire et dépend des circonstances ».

(3) *Revue pratique*, *loc. cit.*, p. 455 : « On avait coutume de taxer le débiteur avec une grande modération ».

(4) Argou, *Institution au droit français*, Paris, 1787, t. II, p. 502 : « Pour les dommages-intérêts, ils dépendent toujours des circonstances du fait; c'est pourquoi il n'y a rien de plus arbitraire et l'on voit très souvent des juges qui les fixent à une somme si modique qu'ils ne vont pas à compenser la dixième partie de ceux qui ont été soufferts par la partie à laquelle ils sont adjugés; ces sortes d'indulgences ne sont pas seulement contraires au bien des particuliers; mais elles nuisent encore davantage au bien public, *puisqu'elles fomentent les violences et la mauvaise foi par l'espérance de l'impunité*. »

(5) Ci-dessus p. 45.

rante dans l'ancien droit. Elle se rencontre à chaque instant dans les ouvrages des jurisconsultes, dans le texte des lois, dans les décisions judiciaires (1). Elle exprimait une idée précise, et qui dominait même toute la matière (2). Voici par exemple un passage d'un ouvrage fort goûté au XVIIIe siècle qui ne peut laisser aucun doute : « *Quelles sont les peines temporelles que l'Official peut imposer?* — R. — On ne doute pas que l'Official puisse condamner aux dépens celui qui succombe; mais la question est s'il peut condamner *aux dommages-intérêts et à l'amende pécuniaire.* Pour le premier chef de cette question nos auteurs n'en tombent pas d'accord. Il y en a qui soutiennent que l'Official a ce pouvoir; il y en a d'autres qui enseignent qu'il ne peut pas prononcer *cette peine* et qu'il en doit laisser la connaissance aux juges séculiers (3) ». C'étaient de pareils dommages-intérêts que les juges prononçaient à titre d'astreintes.

Enfin, pour l'histoire des astreintes, il est intéressant de relever l'interprétation que donnaient nos anciens romanistes au titre du Code de Justinien sur les *comminationes* (4). Ils ne considèrent point comme vaines et de nul effet les décisions des juges qui prononcent de semblables peines, alors que très clairement les constitutions impériales les déclaraient telles et sans valeur; et ils s'efforcent de donner à ces textes un autre sens et une portée moins grande.

Ainsi Cujas, dans son paratitle sur le titre en question, déclare simplement vaines les menaces que le magistrat n'a pas incorporées dans un *decretum*, et qu'il a émises sans les formes judiciaires (5). Mornac reproduit en l'approuvant

(1) Ci-dessus p. 43 et 44.

(2) Voyez la fin du passage d'Argou, cité ci-dessus, p. 46, note 4.

(3) Duccasse, *La pratique de la juridiction ecclésiastique volontaire, gracieuse et contentieuse*, fondée sur le droit commun et sur le droit particulier du royaume, 6e édit., Toulouse, 1762, 2e partie, p. 260.

(4) Ci-dessus, p. 37.

(5) *Ad tit. l. VII, lib. VI, Codicis* (Édit. Fabrot, Paris, 1658, t. IX, p. 1141) : « Denique comminatio judicis non habet vim rei judicatæ *quæ fit citra formam decreti per interlocutionem aut de plano* .. Nec omittendum est *comminationem quæ habet formam decreti et causæ cognita interponitur esse sententiam quia et decretum*, non comminatio proprie, quod ostendit l. 7, § 7, *D., de administ. tutorum* ». Le texte que cite Cujas montre

l'opinion de Cujas[1]. Enfin Claude de Ferrière, avec plus de développements, donne aussi la même solution [2]. Aucun ne paraît douter que la décision comminatoire du juge, régulière en la forme, ne puisse produire son plein effet.

IV

J'ai montré, je le crois, que, dans l'ancien régime, le juge avait le droit de faire des injonctions aux parties et de les sanctionner par des condamnations comminatoires, spécialement par des condamnations en dommages-intérêts. Ce

que le préteur, à l'époque classique, employait les astreintes. Dans ce texte d'Ulpien, il s'agit d'un tuteur qui devait déposer (sans doute chez un banquier) les fonds de son pupille destinés à acquérir des immeubles : « Si quidem nec præceptum est ut deponatur, pupillares (usuræ) praestabuntur. Si *præceptum* est et neglectum, de modo usurarum videndum est, et *solent prætores comminari ut si non fiat depositio, vel quanto tardius fiat, legitimæ usuræ præstentur*. Si igitur *comminatio intercessit*, judex qui quandoque cognoscet decretum prætoris sequetur ». Le paragraphe suivant (§ 8) est plus topique encore : « Idem solent facere prætores etiam circa eos tutores qui negant habere ad alendos pupillos penes se aliquid, ut, quidquid constiterit penes eos esse, ejus gravissima usura pendatur, et hoc persequi oportere judicem palam est *cum et alia pœnæ adjectione* ».

(1) *Mornacii opera*, édit. Paris, 1721, t. IV, p. 250, *in codicem*, lib. VII, tit. LVII, l. I : « Cujacius in paratitlo hic docet comminationem, quæ habet formam decreti et causa cognita interponitur, esse decretum, proprie non comminationem. Hoc autem nota esse si ita dictum sit : *Sur peine de déchéance de ses droits* ».

(2) *La jurisprudence du Code de Justinien*, Paris, 1684, t. II, p. 209 : « Il est dit dans ce titre que toutes les prononciations du juge n'ont pas l'autorité des jugements, mais il n'y a que celles qui se font avec connoissance de cause pour la déclaration du différend des parties. C'est pourquoi si un juge a déclaré à un débiteur qu'il le condamneroit au double ou au triple s'il ne payait dans un certain temps, cette déclaration ne vaut pas une sentence de condamnation, quoique le débiteur ne satisfasse pas son créancier dans le temps qu'il devoit. Pareillement les affiches et placards mises dans les carrefours de l'ordonnance du juge n'ont pas aussi la force des jugements. Les lettres envoyées par le juge à des débiteurs, par lesquelles il leur ordonne de payer ce qu'ils doivent à leurs créanciers, ni les requêtes présentées et répondues par le juge, parce que les jugements doivent être rendus avec connaissance de cause ; or souvent les requêtes sont répondues par le juge sans connaissance de cause ... Ce que nous avons dit sur ce titre est observé en France ». Dans cet exposé, Ferrière reprend chacune des constitutions contenues au titre LVII et il en atténue la portée par la même application.

droit peut-il encore lui appartenir aujourd'hui? Il semble que non. D'un côté, l'autorité judiciaire a été nettement séparée de l'autorité administrative; d'autre part, le Code civil défend aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Ils ont bien le pouvoir de *juger;* il semble qu'ils aient perdu celui de *commander*.

Cependant voici ce qu'écrivait en 1810 l'un des plus éminents représentants de la magistrature nouvelle, Henrion de Pansey : « L'autorité judiciaire se compose de deux éléments, la juridiction et le *commandement*. Nous n'aurions donc qu'une idée très imparfaite de l'autorité judiciaire, si, après avoir défini la juridiction, nous ne faisions pas voir en quoi consiste le commandement judiciaire ». Il divise celui-ci en deux branches. La première est la coercition, qui « consiste dans le droit qui appartient à tous les juges de punir par des peines légères, telles qu'une amende peu considérable ou un emprisonnement de peu de durée, les injures qui leur seraient faites dans l'exercice de leurs fonctions. Tous les juges, quelque degré qu'ils occupent dans la hiérarchie, ont le droit de coercition, il leur est également assuré et par les lois romaines et par les lois françaises ». Mais « cette coercition n'est qu'une faible partie du commandement judiciaire. L'autre branche est beaucoup plus importante; c'est le commandement proprement dit ». Henrion de Pansey, il est vrai, a soin de restreindre celui-ci dans de justes limites : « En s'unissant à la juridiction, ce commandement se tempère et se modifie de manière qu'il n'a ni la même liberté dans ses mouvements ni la même sphère d'activité que celui qui réside dans la main des principaux agents de l'ordre administratif. Il était impossible d'assujettir à des règles invariables le pouvoir confié à ces agents, parce qu'obligés de prévoir et de prévenir tout ce qui pourrait troubler l'ordre public, ils ne peuvent, le plus souvent, prendre conseil que des circonstances. Mais il n'en est pas de même du commandement uni à la juridiction. Comme cette union n'est fondée que sur la nécessité d'assurer le règne de la loi, le juge ne peut commander qu'au nom de la loi,

que dans les formes qu'elle a établies, et pour l'exécution des ordres qu'elle autorise à donner. Mais le juge ne peut statuer que de deux manières : par des ordonnances pour citer et faire comparaître devant lui ; par des jugements pour *prescrire ou défendre*, pour condamner ou absoudre. Pour remplir le vœu de la loi et le but de cette institution, il suffisait donc qu'au droit de juger fût unie une portion de la force publique telle qu'elle pût assurer l'exécution de *tous les ordres*, de toutes les ordonnances, de tous les jugements ; et, en effet, c'est à cette exécution que se borne le commandement judiciaire » (1). N'est-ce pas là la théorie même de nos anciens auteurs ? La tradition n'est donc pas interrompue ; le juge peut encore *donner des ordres*, *prescrire et défendre*, d'après Henrion de Pansey. Tout ce que lui a défendu le législateur moderne c'est de faire des règlements généraux, statuant pour l'avenir et à l'égard de tous. Mais quand il émet à l'égard de l'une des parties en cause un ordre ou une prohibition qui se rapporte et se limite à l'objet du débat, il ne fait rien de tel, comme l'a fait très justement remarquer la Cour de cassation (2).

Il y a plus, le Code de procédure civile contient un article qui consacre expressément ce pouvoir de commander. D'après l'article 1036, « les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, *dans les causes dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions*, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements ». *Prononcer des injonctions*, ce sont les termes techniques qu'on employait autrefois, comme on l'a vu précédemment (3). Cependant il semble que cette disposition ait passé presque inaperçue des auteurs modernes. Les commentateurs du Code de procédure, les

(1) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire dans les Gouvernements monarchiques*, ch. IV, Paris, 1810, p. 101 et suiv.

(2) Ci-dessus, p. 34, note 4. La juridiction du président du tribunal civil en matière de référés est plutôt une application du *pouvoir de commander* que du pouvoir de juger ; de là vient que ses ordonnances n'admettent pas l'opposition sur défaut, et qu'elles peuvent être modifiées par lui, si les circonstances viennent à changer.

(3) Ci-dessus, p. 34, 43, 44.

auteurs de Codes annotés, paraissent croire que cette première disposition de l'article 1036 fait corps et se confond presque avec celle qui la suit, et qui autorise les juges à supprimer des écrits produits dans la cause en les déclarant calomnieux. Les injonctions dont il s'agit viseraient simplement des termes injurieux, et même les *injonctions* s'adresseraient spécialement aux auxiliaires de la justice (art. 512, C. proc. civ.). Tout au plus, cela pourrait-il comprendre en outre les ordres que donne le président pour la bonne tenue de l'audience (art. 88, C. proc. civ.). Mais il nous paraît impossible de donner à l'article 1036 une portée aussi restreinte. Ses termes sont significatifs, rapprochés des précédents ; et, si l'on avait simplement voulu viser là les ordres que supposent les articles 88 et 512 du Code de procédure civile, il n'aurait point été utile d'ajouter que les tribunaux ne peuvent prononcer ces injonctions *que dans les causes dont ils sont saisis*, et qu'ils peuvent les prononcer *même d'office :* cela aurait été de soi.

Les travaux préparatoires du Code de procédure confirment cette interprétation. Ils révèlent d'abord la ferme intention qu'ont eue ses rédacteurs de maintenir en général les règles de l'ancien droit (1). Puis, lorsque l'article 1036 est venu en discussion devant le Conseil d'État, des observations ont été présentées, tendant à lui donner le sens restrictif que j'indiquais plus haut comme ressortant des commentaires postérieurs : mais M. Treilhard a maintenu toute la portée de la disposition (2). Enfin, voici comment s'exprimait l'orateur

(1) Locré, *La législation civile, criminelle et commerciale de la France*, t. XXI, p. 18 : « Son but (de la commission) au surplus n'a pas été de créer des dispositions nouvelles; elle s'est fait au contraire un devoir de maintenir toutes celles qui ont paru utiles parmi les dispositions existantes. C'est ainsi que la partie du projet relative aux justices de paix est empruntée presque en entier de l'Assemblée constituante et la procédure qu'elle propose de faire suivre devant les autres juridictions de l'ordonnance de 1667 ».

(2) Locré, *op. cit.*, t. XXIII, p. 396. Procès-verbal du Conseil d'État, séance du 29 prairial an XIII (18 juin 1805), sur l'article 1104 (qui est devenu l'art. 1036) : « M. Defermon pense que, puisque dans cet article on autorise les juges à prononcer d'office, *on n'entend parler sans doute que de ce qui se passe devant eux*. ... M. Treilhard dit que l'article ne permet aux juges d'employer leur pouvoir *que dans les affaires dont ils sont saisis*. L'auto-

du Tribunat, le tribun Mallarmé, devant le Corps législatif, dans la séance du 29 avril 1806 : « Puissent-ils (les magistrats) user avec une inflexible intégrité du pouvoir que leur donnera la loi de prononcer des injonctions; de supprimer, dans les cas où ils seront saisis, des écrits calomnieux qui porteraient atteinte à l'honneur et à la réputation des parties! » (1). Là le droit de prononcer des injonctions est bien présenté comme distinct de la suppression des écrits calomnieux : on sent qu'il s'agit d'un pouvoir important, dangereux même et, pour son exercice, on fait appel à l'intégrité des juges.

Les juges ont donc aujourd'hui encore le droit de commander, ce qui est le premier élément des astreintes. Mais ont-ils le droit de sanctionner leur ordre par des dommages-intérêts coercitifs et comminatoires, ce qui en est le second élément? Il est d'abord un texte, contraire en apparence, qu'il faut écarter sans hésitation. C'est l'article 1020 du Code de procédure civile, d'après lequel « aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code n'est *comminatoire* ». Il est clair qu'il s'agit là uniquement des peines édictées par le législateur lui-même, lequel ne permet pas aux juges d'en faire remise. Mais le juge peut-il aujourd'hui prononcer des peines, qui ne seraient pas édictées par la loi? Il ne peut plus user de l'amende arbitraire, qui est une vraie peine et qui répugne aux principes proclamés par la Révolution. Cependant on peut remarquer qu'elle est maintenue, dans une hypothèse de véritable injonction, par l'article 512 du Code de procédure civile (2). Mais, je n'oserais soutenir, en m'appuyant sur ce texte, que le juge peut en user dans tous les cas.

Il en est autrement, croyons-nous, quant aux dommages-

risation d'agir d'office n'est exprimée que pour faire saisir qu'ils n'ont pas besoin d'attendre un réquisitoire ».

(1) Locré, *op. cit.*, t. XXIII, p. 448, n° 18.

(2) Art. 512 : « Il ne pourra être employé aucun terme injurieux contre les juges, *à peine*, *contre la partie*, *de telle amende*, et, contre l'avoué, de telle injonction ou suspension, *qu'il appartiendra* ». Les mots soulignés sont exactement l'ancienne formule qui servait à désigner l'amende arbitraire.

intérêts employés comme moyen de contrainte. Bien qu'ils constituent une peine, dans un certain sens, les règles du droit pénal ne leur sont certainement pas applicables. Aucun texte ne les prohibe; car les articles du Code civil sur les dommages-intérêts compensatoires ou moratoires visent une autre matière, une autre institution. S'ils ne sont repoussés ni par les principes, ni par les textes nouveaux, n'est-il pas permis de croire qu'ils ont passé de l'ancien droit dans le nouveau, avec le droit de commandement dont ils sont maintenant la seule sanction possible (1)?

Si la logique et l'histoire ne m'ont pas égaré, il est donc possible de donner une base précise à la jurisprudence en matière d'astreintes, et, conciliant les besoins pratiques et les principes, de ramener l'unité et l'harmonie dans une matière où règnent la contradiction et la confusion.

A. Esmein.

(1) Je n'admettrais pas seulement que le juge pût prononcer une astreinte dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme. C'était bien là anciennement l'hypothèse classique de la matière, ci-dessus, p. 37, note 4; 38. Mais, bien qu'il s'agisse d'une autre source de dommages-intérêts, l'art. 1153, C. civ., paraît avoir rigoureusement limité l'effet possible d'une pareille obligation. Ici d'ailleurs l'ordre du juge n'introduirait rien de nouveau; il ne ferait que répéter l'ordre de la loi. Enfin les dommages-intérêts fixés par l'art. 1153, comme ceux qui résultent de l'astreinte, « sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte ».




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 105 155 511